

XXXII JORNADA NOTARIAL ARGENTINA

**La capacidad, la minoridad y el principio de *razonabilidad notarial*
(Argumentación de la teoría de la personalidad humana a partir del art. 3
del Código Civil y Comercial de La Nación)**

Tema 1. Persona Humana. Capacidad jurídica. Principios Generales.
Capacidad de ejercicio y de derecho. Restricciones a la capacidad jurídica.
Sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica. Sentencia. Efectos.
Registración. Menor de edad y adolescente. Tutela y curatela.

Coordinador Nacional: Esc. Néstor Daniel LAMBER

Autor: Esc. Sebastián Justo COSOLA

Domicilio: 12 de Octubre 39, Ciudad de Junín, Provincia de Buenos Aires (C.P
6000).

Email: sjcosola@gmail.com

Teléfono: (0236) 4426952

Sumario

Los fundamentos de las ponencias. Palabras introductorias. Propuesta de desarrollo de la presente ponencia. La doctrina notarial anticipatoria. El origen. La función y la interpretación notarial del derecho. Las tesis que sustentaron la función notarial hasta nuestros días. Las tesis de la función notarial en la actualidad (y el necesario complemento Constitucional). Recepción académica de la persona física y de la capacidad antes de la reforma. ¿Cómo nos formamos para ejercer el derecho notarial?. La consideración de la persona física + sistema rígido de capacidad= suspensión del juicio de capacidad notarial. Persona humana y capacidad en la actualidad. La consideración de la persona humana + sistema flexible de capacidad= concreción del juicio de capacidad notarial en las primeras audiencias. Recepción académica del derecho de menores o estado de minoridad. ¿Cómo hemos receptado las enseñanzas para ejercer el notariado? *Las niñas, niños y adolescentes en el derecho actual*. El notario frente al nuevo derecho privado. Claves del nuevo ejercicio del derecho notarial: La importancia del título preliminar del CCCN. El principio de razonabilidad y la recepción notarial (Art. 3 CCCN). *¿Qué es la razonabilidad? ¿Qué es entonces la razonabilidad notarial? Conclusión: La razonabilidad notarial aplicada a la teoría de la personalidad humana*. Bibliografía.

PONENCIA

- a) No existe pauta rígida de ningún tipo aplicable por el notario dentro de la teoría de la personalidad humana –salvo en los casos justificables legislativa y jurisprudencialmente-;
- b) La personalidad se impone a la capacidad; por esta razón la recepción notarial de un opus determinado incluye el control de la misma;
- c) La capacidad en sede notarial se presume directa o indirectamente, y aunque no tenga reflejo documental la misma se asume como proyectada a través de la manifestación de la voluntad del requirente;
- d) No existe incapacidad proyectada hacia el derecho de las niñas, niños y adolescentes, salvo que la misma surja de la ley o de una sentencia judicial;
- e) La recepción de la voz de las niñas, los niños y los adolescentes por parte del notario es una obligación inherente a su actuación profesional fedataria;
- f) El deber de oír y escuchar al niño, niña o adolescente es necesario y oportuno en sede notarial;
- g) Velar por la sujeción del mejor interés o interés superior en la escribanía se compadece con la no realización del acto (abstención notarial) si el notario toma en cuenta la voluntad negativa frente al hecho o acto a documentar por parte del niño, niña o adolescente;
- h) El límite de la voluntad, en sede notarial y en materia de capacidad en general, lo conforma el principio de seguridad jurídica;
- i) En cada caso puntual y concreto, el notario debe escoger la mejor solución posible para documentar, y esa situación le impone proteger el resultado *justo*;
- j) La aplicación del principio de razonabilidad notarial se relaciona con el deber de ponderación;
- k) Al ponderar, el escribano escoge la mejor solución posible entre las opciones que le brinda la teoría constitucional del derecho privado, que le permite escoger lo justo desde el amplio abanico de las fuentes del derecho aceptadas por el CCCN

Los fundamentos de las ponencias. Palabras introductorias

“Somos conscientes de que todo cambio, pese a su imperatividad, conlleva un determinado costo social. A menudo, para algunos, dicho cambio resulta traumático y desorientador. Ello se hace patente en juristas que, en vez de asumir una científica actitud crítica ante el ordenamiento normativo, adoptan una posición decididamente conservadora, partidaria del inmovilismo legal o, a los más, de parciales enmiendas que no comprometan la estructura legal vigente que objetiva y consagra una cierta valoración, una particular visión del mundo. Toda reforma implica no sólo y necesariamente un remozamiento técnico, una puesta al día en lo que a progresos científicos se refiere, sino que puede también comportar un determinado viraje ideológico¹”

Un año ha transcurrido desde la entrada en vigencia del *Código Civil y Comercial de La Nación* en nuestro país (en adelante, CCCN), y tal circunstancia histórica no puede menos que motivarnos a intentar realizar algunas reflexiones que deben alejarse de lo problemático de las discusiones que se han efectuado tanto antes como después de su entrada en vigencia, para acercarse a la posibilidad de ofrecimiento de nuevas propuestas frente a lo ya acontecido y definido.

Sobre esto, una aclaración inicial: pienso que volver a tratar temas que ya han sido por demás de considerados en los últimos tiempos, tan generales en su contenido y tan especiales para nuestra institución -como son los que hoy ocupan nuestra atención en el seno de la comisión destinada a tratar el tema general de la *personalidad humana*- , la cuestión tanto de la *capacidad* como de la incidencia de la *minoridad* en sede notarial, no presenta una mayor relevancia que la de su ordenación a través de un estudio temporario y espacial tanto desde las fuentes consultadas como de los tiempos en que las mismas se han ido sucediendo y publicando. Si a ese estudio concluido, se le presentara un cuadro comparativo relacionando conceptos con el anterior régimen legal, la ecuación de la evolución del derecho en esta disciplina quedaría por demás de

¹ Carlos FERNANDEZ SESSAREGO, *Derecho de las personas*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2.004, p. XII.

demostrada; y nuestra actuación, subsistiría al menos sujeta a los parámetros legales que tanto desde la ley como desde la experiencia se nos viene imponiendo con los clásicos libros de formularios.

De manera evidente y precisa en estos dos temas referidos, el nuevo cuerpo legal no ha hecho más que proyectar, - aunque con algunos bemoles interesantes- lo que ha planteado en líneas generales tanto el malogrado proyecto de unificación legislativa de 1998², como las doctrinas y jurisprudencia de al menos los últimos veinte años, todas generadas a partir de la reforma constitucional acontecida a fines del siglo pasado, tan presente y tan vigente, hoy más que nunca, entre todos nosotros. De esta manera, las *reglas generales de capacidad* que han asimilado las codificaciones *iberoamericanas* a través de los tiempos –omnicomprensivas del denominado derecho de menores- vienen presentando notables cambios de *interpretación* motivados esencialmente por la innegable influencia que proyecta sobre las mismas la continua ratificación de *tratados, declaraciones y principios internacionales*, muy independientemente de su tratamiento con/sin jerarquía constitucional³. Se me ocurre entonces que un aporte valioso para esta jornada notarial argentina puede ser el que intente precisar, en los dos temas mencionados y dentro de la teoría de la *personalidad humana* –y a los que trataré prácticamente en conjunto-, un acercamiento a establecer cómo puede y como debe ser la elaboración notarial del derecho en nuestros días, teniendo en cuenta no solo todos los aportes que ya se han escrito y que están ya publicados, con sus discusiones y sus soluciones -muchos de los cuales serán citados en el presente trabajo- sino también, el cambio de paradigma jurídico al que debe el jurista actual posicionarse.

El nuevo derecho privado constitucionalizado presenta una diferente argumentación por parte del jurista en los temas que hoy ocupan nuestra atención, y a no dudarlo: el método de aplicación es y debe ser absolutamente diferente al establecido en el *Código Civil de Vélez Sarsfield* (en adelante, CC).

² Proyecto de Código Civil de la República Argentina, unificado con el Código de Comercio, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 22 y ss (Fundamentos del libro segundo proyectado, referido a las personas humanas, en materia de capacidad y estado de minoridad).

³ Cfr. Cristina N. ARMELLA y Sebastián Justo COSOLA, *Abordaje teórico-práctico del adelantamiento de la mayoría de edad. Ley 26.579, Ad Hoc*, Buenos Aires, 2.011, p. 19.

Las primeras justificaciones de lo que afirmo se comprueban desde lo elemental, como es el tema de la cuestión terminológica:

- a) La denominación *persona humana* (reemplaza a la *persona física* o de *existencia visible*)
- b) La referencia a la *capacidad progresiva* (reemplaza al régimen estricto y rígido de *capacidad/incapacidad* al que estábamos acostumbrados a aplicar)
- c) La mención de las *niñas, los niños y los adolescentes o menores de edad* (en reemplazo la simple alocución referida a los *menores*, mucho más relacionada con la doctrina de la situación irregular para estar dentro de los cánones de la doctrina de la protección integral, tesis que sustenta el derecho actual).

En los tiempos actuales, la pregunta que deberíamos hacernos los notarios es la siguiente: *¿Qué es lo más trascendente que el derecho notarial, en el marco de la función y a través de su creación principal, el documento, puede aportar a las necesidades del hombre y de la mujer problematizados de los tiempos en que vivimos?*

Esto tiene que ver con la indudable mutación que el derecho presenta, trasladándose cada vez más frecuentemente desde el paradigma científico hacia el paradigma artístico. Muy a pesar que por los tiempos actuales algunas doctrinas minoritarias siguen discutiendo el tema con cierta vehemencia, lo cierto es que la científicidad del derecho, relacionada con la seguridad indubitable de la norma, ha sido puesta en jaque en nuestro país al menos, desde cuatro puntos de vista:

- a) La mencionada reforma constitucional del año 1.994 y la incorporación de la teoría de los DDHH al ámbito local al nivel de principio y no de mera fuente del derecho;
- b) La publicación en sintonía de leyes trascendentes de *Derechos Humanos* que *positivizaron* los temas propuestos genéricamente por los

- tratados (Protección integral de las Niñas, Niños y adolescentes; Salud Mental, Lavado de activos, entre tantas otras);
- c) Las sentencias tanto de la *Corte Suprema de Justicia de La Nación* como de los tribunales inferiores, al menos de los últimos treinta años, que desconocen la seguridad de la norma cuando la misma, en el caso concreto, colisiona con los Derechos Humanos fundamentales;
 - d) La puesta en vigencia del CCCN, definido como un Código de principios destinado a definir los grandes principios y valores del derecho privado, a través del dialogo de fuentes⁴.

El derecho científico (ciencia del derecho) afirma paradigmas rígidos de contemplación de situaciones inamovibles y suficientes para los casos allí contemplados. No requiere de análisis de casos puntuales y específicos, sino que requiere de aplicación legal directa cuando los casos se encuadran en determinada situación jurídica existente (o preexistente). La seguridad de la ley así, desconoce la situación puntual de los hombres o de las mujeres implicadas en el asunto para poder así considerar todos los casos como comunes o similares. Esa seguridad, propia del *iluminismo* y de la *escuela de la exégesis*, está lejos de ser considerada por el nuevo tratamiento del derecho y con él, con el nuevo paradigma jurídico que nos rige ahora *normativamente*.

¡Esto no significa que el jurista debe desconocer la ley⁵! Sino que debe comprender que en la actualidad, el objeto del derecho es tan heterogéneo e indeterminado, que el mismo ya no es sólo una ciencia o sólo una técnica⁶. Carece de algo sustancial que le da razón de ser, y es eso precisamente el arte del derecho, la creación del derecho fundada en las fuentes y en la justicia, que el jurista crea o debe crear para alcanzar un óptimo, y más que ello, el mejor resultado que pueda alcanzar.

De ahí que el derecho artístico (arte del derecho) postule una solución diferente y acorde a los tiempos actuales. Al analizar los casos puntuales, el jurista debe

⁴ Cfr. Ricardo Luis LORENZETTI, *Presentación del Proyecto*, en *Código Civil y Comercial de La Nación (Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación redactado por la Comisión de Reformas designada por decreto 191/2011)*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2.012, p. 12.

⁵ Para ver el alcance y el trabajo actual y cotidiano del oficio del jurista, ver Fernando M. TOLLER, *Sistema de citas y redacción en derecho*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2.016, p. 34 y cc.

⁶ Cfr. Enrique DEL CARRIL, *Interpretación, neoconstitucionalismo y ética profesional*, en *Ética de las profesiones jurídicas (Abogados, jueces, notarios)*, COSOLA, Sebastián Justo, DEL CARRIL, Enrique Horacio, MONTESANO, Luis, FINN, Santiago, Ad Hoc, Buenos Aires, 2.010, p. 55.

recurrir a la búsqueda de la solución a un amplio abanico de fuentes (no solamente la ley), y con ello, la prevalencia se centra no tanto en cumplir con el postulado científico sino con cumplir lo justo para cada uno. El jurista ya no interpreta la norma, la voluntad del legislador, la historia del derecho, sino que argumenta el caso con todas las fuentes que a su lado tiene para alcanzar un resultado justo: *Constitución y Tratados con jerarquía, Constituciones Provinciales, tratados sin jerarquía, leyes nacionales, leyes estatales, ordenanzas municipales, sentencias judiciales, sistemas formularios, fuentes menores de procedimiento (en nuestro caso, las DTR o las órdenes de servicio), opiniones académicas*, etc. Este es el nuevo ámbito del derecho. Este derecho es el que ha incorporado el nuevo CCCN. En un análisis más generalista, diríamos en sintonía con *Rodolfo Vigo* que el cambio en esencia radica en una clara mutación desde la *ley hacia el derecho*⁷, o más precisamente en el traspaso desde el *Estado de Derecho Legal* hacia el *Estado de Derecho Constitucional*⁸.

Propuesta de desarrollo de la presente ponencia

En este trabajo intentaré realizar una somera descripción de la función notarial tal cual hoy la conocemos y la ejercemos, precedida por lo que para este ensayo se me ocurre que puede llamarse la *doctrina notarial anticipatoria*, que es una clara referencia a la responsabilidad del notariado que *se adelanta* a estudiar los temas en los que se percibe un determinado cambio. De ahí en más, haremos una brevísima recorrida por las doctrinas sobresalientes que hemos estudiado tanto en el tema de *capacidad* como en el tema de *menores*, para continuar con una revisión de los nuevos aportes a la luz de la reforma. Luego de ello, mis esfuerzos se van a dirigir hacia la demarcación simple y sencilla del significado del principio de razonabilidad establecido en el nuevo cuerpo legal y de ahí, su proyección hacia la función notarial, para luego finalmente poder llegar a determinar el opus notarial actual en materia de la

⁷ Cfr. Rodolfo Luis VIGO, *de la ley al derecho*, Porrúa, México, 2.005, 258 p.

⁸ Cfr. Rodolfo Luis VIGO, *Prólogo* a la obra de Alfonso SANTIAGO (h), *En las fronteras entre el derecho constitucional y la filosofía del derecho*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2.010, p. 9 y ss.

personalidad, relacionado con la ciencia, con el arte y con la técnica, desde la ley, desde el derecho y desde la Constitución Nacional.

La doctrina notarial anticipatoria

Sucede que en muchas situaciones, la vida de ejercicio nos obliga a aplicar un reduccionismo funcional hacia las cuestiones técnicas, que son las que actualmente ocupan toda nuestra atención, sin pensar que el resguardo del derecho en el documento notarial a través de la seguridad (jurídica estática + dinámica), la justicia (voluntad) y la verdad jurídica (fe pública) tiene que ver con la consolidación del aspecto sustantivo del derecho (paz), en donde el derecho formal únicamente opera como principio rector de la seguridad jurídica en su aspecto dinámico⁹. En este sentido, una norma de procedimiento equipara su valoración con una norma ius-fundamental, y así el ejercicio notarial pierde todo su esencial cometido, que es declarar el derecho o mejor dicho, en asegurar que suceda la *biología de los derechos en la normalidad*¹⁰, haciendo uso esencialmente del *cavere valletiano*¹¹, esto es, de proyectar un derecho sustantivo que se aleje del virtual o del potencial conflicto.

Desde esa misma generalidad y desde el fugaz acontecer cotidiano, también solemos no tener siempre presente que académicamente el notariado siempre ha dado respuestas concretas frente a las grandes reformas del derecho argentino. En materia de *minoridad*, por ejemplo, el propio colegio anfitrión de las presentes *XXXII Jornadas Notariales Argentinas*, organizó y llevo a cabo hace exactamente dos décadas, una fantástica mesa redonda, dirigida por *Juan Travieso*, denominada “*La protección del menor en la Constitución reformada*”. En aquella oportunidad, y con soluciones no tan dispares a las que la doctrina actualizada hoy formula, se estableció la necesidad de respetar por sobre todas las cosas a los postulados constitucionales por sobre las leyes positivas y vigentes, incluso frente al hoy derogado CC en la mencionada

⁹ Sebastián Justo COSOLA, *Los valores rectores del documento notarial y la convivencia de las publicidades jerarquizadas (Fundamentos notariales para el nuevo derecho privado argentino)*, Tesis Doctoral no defendida (en revisión), Buenos Aires, 2.016, inédita.

¹⁰ Cfr. Antonio MONATERIO, *Biología de los derechos en la normalidad*, Ediciones de la Universidad Notarial Argentina, La Plata, 1.966.

¹¹ Cfr. Juan Berchmans VALLET DE GOYTISOLO, *Manuales de metodología jurídica*, tº III, Consejo General del Notariado, Madrid, 2.004, p. 254 y ss.

materia¹². Se enfrentaba entonces – y notarialmente- a la cuestión de la *minoridad* del CC frente al nuevo enfoque constitucional. Y con ello, la cuestión rígida del *derecho de menores* impuesta por el mencionado cuerpo de leyes y sus consecuentes reformas comenzaba a ser discutida y revalorada desde otros distintos y novedosos enfoques. Recién un año después de esas deliberaciones, las *XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil* trataron acabadamente el tema de la protección de los menores en la Constitución Nacional, aportando las primeras soluciones a los posibles conflictos por la reciente *constitucionalización* del derecho de menores¹³, muchas de las cuales, abultadas y con el sustento de la jurisprudencia que por aquel entonces era escasa, son las que en la actualidad se reiteran en los aportes académicos de excelentísimo nivel. Todo esto teniendo en cuenta además que alguna doctrina anticipatoria posterior a esos acontecimientos pero anteriores a las sucesivas reformas legislativas que luego se sucedieron, comenzaron a acentuar el énfasis académico de la flexibilidad del régimen en las emancipaciones por declaración de voluntad –emancipación volitiva por habilitación de edad- y en aquellas emancipaciones especiales que surgen de leyes específicas¹⁴. Todo esto se explicaba desde una realidad tanto legislativa como cultural, tal cual lo afirma *Carlos Gattari*: “Después de la ley 17711 que modificó el Código Civil en 1.968, la actuación de los menores de edad en el instrumento notarial se ha expandido en una casuística rica de contenidos¹⁵”. Y de esta manera, autores como *Cristina Armella*¹⁶, *Adriana Abella*¹⁷, *Rubén Lamber*¹⁸ y *Natalio Etchegaray*¹⁹, entre tantos otros, han tratado el tema de la *minoridad* en el intento por alejarse de la regla rígida de capacidad que por

¹² Cfr. Juan Antonio TRAVIESO, *La protección del menor en la Constitución reformada*, Mesa Redonda del 11 de Junio de 1.996, Comisión de Derecho de Familia de las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Colegio de Escribanos de Capital Federal, Biblioteca, Caja 21-5.

¹³ XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad de Buenos Aires y Universidad Católica de Argentina, Buenos Aires, 1.997, en Libro *Congresos y jornadas nacionales de derecho civil*, La Ley, Buenos Aires, 2.005, p. 170 y ss.

¹⁴ Cfr. Rubén Augusto LAMBER, *La escritura pública*, T° II, FEN, La Plata, 2.003, p. 68-81.

¹⁵ V. Carlos Nicolás GATTARI, *Los menores en el instrumento notarial*, Colección Práctica Notarial, T° VI, Depalma, Buenos Aires, 1.988, p. 5.

¹⁶ Cfr. Cristina Noemí ARMELLA (Directora), *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario*, T° II, Ad Hoc, Buenos Aires, 1.998, ps. 569-72. El capítulo pertenece a la *Not. María Verónica Scoccia*.

¹⁷ Cfr. Adriana Nélica ABELLA, *Derecho Notarial*, Zavalía, Buenos Aires, 2.005, ps. 242-51.

¹⁸ Cfr. Rubén Augusto LAMBER, *La escritura pública*, T° II, FEN, La Plata, 2.003, ps. 31-5; 68-81. También trata el tema en la obra *Derecho Civil Aplicado*-Colección Función Notarial 3 -Dirigida por Natalio Pedro ETCHEGARAY-, Astrea, Buenos Aires, 2.010, ps. 53-96.

¹⁹ Cfr. Natalio Pedro ETCHEGARAY, *Escrituras y actas notariales*, 5° edición, Astrea, Buenos Aires, 2.010, ps. 110-19.

aquellos entonces los sometía. En la actualidad contamos además con formidables estudios teóricos que, independientemente de pertenecer a la esfera del viejo cuerpo legal hoy derogado, ayudan a comprender de la mejor manera posible el desarrollo diario del derecho práctico notarial –*tecné*–²⁰.

Algo similar es lo que ha ocurrido con la cuestión del análisis del atributo de la *capacidad*, antes en la persona física y hoy dentro de la teoría de la *personalidad humana*. Desde siempre fue éste tema una preocupación para el notariado²¹, que ha incluso ofrecido soluciones desde la unión de instituciones gremiales y científicas²². Frente a la actual instauración del CCCN, similar esfuerzo realizan el *Consejo Federal del Notariado Argentino* y la *Universidad Notarial Argentina*, dictando cursos y jornadas por todo el país²³. En fin, ya más cerca en el tiempo, y sólo por citar a algunos de nuestros académicos, *Natalio Etchegaray*²⁴, *Rubén Lamber*²⁵, *Cristina Armella*²⁶, *Carlos Gattari*²⁷, *José María Orelle*²⁸, y *Adriana Abella*²⁹ se preocuparon por establecer algunas coordenadas en materia de *capacidad* relacionadas con los nuevos derechos y en casi todos los casos, sin cita directa a la *Carta Magna*, pero relacionada indirectamente con ella. Todo ello sin tener en cuenta que *Carlos Pelosi*³⁰ ya se adelantaba a precisar la función notarial en materia de representación y

²⁰ Cfr. Silvina del VALLE COLOMBO, *El universo de la representación legal de los menores*, RN 956-2007, p. 419.

²¹ Los primeros autores nacionales, como Carlos Emérito GONZALEZ, José María MUSTAPICH y Argentino NERI, por ejemplo, trataron acabadamente el tema en sus encumbradas obras.

²² Por citar solo dos claros ejemplos: el libro del *Consejo Federal del Notariado Argentino* y del *Instituto Argentino de Cultura Notarial*, que en esfuerzo conjunto se editó con el fin de analizar el impacto de la reforma de la ley 17711/68 del entonces Código Civil, en temas trascendentes como la presente comisión y coordinación hoy estudia. y en segundo término, también el aporte de la institución que hoy es la *Academia Nacional del Notariado* editado a su propio coste, que contiene los cursos ofrecidos en la propia sede del *Colegio de Escribanos de la Capital Federal* -hoy *Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires*- en ese entonces, dictados por el recordado *Alberto Spota*. En estos dos aportes nada más, los temas de *capacidad de la persona física y de los menores ocupan desarrollos por demás de trascendentes, y son prueba contundente del aporte notarial a los cambios repentinos y por demás de relevantes del derecho nacional*. Cfr. Alberto G. ALLENDE, Consejo Federal del Notariado Argentino y el Instituto Argentino de Cultura Notarial (hoy Academia Nacional del Notariado), *Ley 17711- Aplicación en la actividad notarial*, Imprenta Mennah, Buenos Aires, 1.968, pp. 20 y ss y Alberto G. SPOTA, *Curso sobre temas de derecho civil*, Publicación del Instituto Argentino de Cultura Notarial, Buenos Aires, 1.971, 474 pp.

²³ Solo estos ejemplos bastan para dejar demostrado a las claras que el notariado únicamente puede avanzar y consolidarse si los esfuerzos académicos y políticos se unen y se proyectan hacia el objetivo común de lograr alcanzar la excelencia del profesional al que dirigen sus servicios.

²⁴ Cfr. Natalio Pedro ETCHEGARAY, *Escrituras y actas notariales*, Astrea, Buenos Aires, 2.010, pp. 108-112.

²⁵ Cfr. Rubén A. LAMBER, *La escritura pública*, tº II, FEN, La Plata, 2.003, pp. 58-81.

²⁶ Cfr. Cristina N. ARMELLA, *De las escrituras públicas*, en Alberto J. BUERES-Elena I. HIGHTON, *Código Civil Comentado*, tº 2C, Hammurabi, Buenos Aires, 1.999, pp. 89-90.

²⁷ Cfr. Carlos N. GATTARI, *Manual de Derecho Notarial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2.008, pp. 99-100.

²⁸ Cfr. José M. O. ORELLE, *Actos e instrumentos notariales*, La Ley, Buenos Aires, 2.008, p. 109.

²⁹ Cfr. Adriana N. ABELLA, *Derecho Notarial*, Zavallia, Buenos Aires, 2.010, p. 414.

³⁰ Cfr. Carlos A. PELOSI, *El documento Notarial*, Astrea, Buenos Aires, 1.987, pp. 76 y ss.

capacidad tal cual hoy la ejercemos -mucho antes que la *noticia* de la reforma constitucional aconteciera-, lo mismo que el genial *Mario Zinny* desde otras perspectivas³¹.

De manera que desde todos los ángulos posibles -hoy claramente identificados como fuentes del derecho-, el notariado, receptor de esas inquietudes, se debe encontrar relativamente satisfecho. Sin embargo, esa relatividad a la que me refiero, se origina en la imperiosa necesidad de plantearse otro ejercicio de la función notarial, cercano a las necesidades de los hombres y de las mujeres problemáticos de nuestros días, que nos dirige a pensar que otro paradigma de argumentación al que estamos acostumbrados a aplicar es posible y más que ello en la actualidad: hasta necesario e indispensable. Existe una infinidad de ejemplos a los que recurrir para explicar el nuevo rol del notario frente al derecho y frente a la sociedad, y claramente los temas de *capacidad* y *los de minoridad* son algunos de los que se presentan como ejemplares para proyectar las nuevas explicaciones de la concreción del método de ejercicio notarial.

El origen. La función y la interpretación notarial del derecho³².

De acuerdo al programa presentado, en esta parte de la ponencia intentaré justificar nuestro pensamiento actual de ejercicio. *¿Por qué los notarios ejercemos el derecho con la mirada fija en la ley escrita y porque nos cuesta tanto argumentarlo desde las otras fuentes del derecho?* Existe una respuesta a ello. Y para comprenderla, basta con realizar un somero repaso de nuestra historia académica.

De esta manera, comencemos por recordar que uno de los axiomas más importantes del *derecho notarial formal* que aún subsiste en nuestros días con notoria influencia, es el que fuera referido oportunamente por el inolvidable *Rafael Nuñez Lagos*, a cuyos legados siempre resulta grato recurrir aun hoy, en búsqueda de respuestas que puedan realmente hacer frente a los avatares cotidianos. Por aquellos entonces, el encumbrado maestro afirmaba lo

³¹ Cfr. Mario A. ZINNY, *El acto Notarial (Dación de fe)*, Depalma, Buenos Aires, 2000, pp. 1 y ss.

³² Cfr. Sebastián Justo COSOLA, *El Título preliminar del Código Civil y Comercial de La Nación y la función notarial (Tesis sobre la argumentación Notarial del Derecho)*, especial para Revista Notarial, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires (en prensa).

siguiente: “En el principio fue el documento. No hay que olvidarlo. El documento creo al notario, aunque hoy el notario haga el documento³³”. Desde aquí que resulte imposible para nosotros imaginar un *derecho notarial* que no tenga como eje central de discusión la teoría del *instrumento* o del *documento* analizados desde todas sus perspectivas y proyectados hacia todos sus efectos (en especial, los probatorios y los ejecutivos).

Tengamos también presente que la *función notarial documental* viene siendo explicada por la doctrina especialista a lo largo de nuestra relativamente corta historia como *disciplina autónoma del derecho*, desde los más variados enfoques, siempre teniendo en cuenta que el puntapié inicial del estudio del *derecho notarial* tanto en su faz *formal* como *sustantiva* se produce a partir de la declaración del *III Congreso Internacional del Notariado Latino* celebrado en *París* allí por el año mil novecientos cincuenta y cuatro. Por esas épocas comenzaba a florecer el *derecho notarial* para llegar al desarrollo actual tal cual hoy lo conocemos. Empezaba a independizarse incluso *atrevidamente* tanto del *derecho civil* como del *derecho de procedimientos*, contra las voces de los juristas de la época que no aceptaban que la visión jurídica que aportaba el escribano a través de su función *componedora* fuera muy distinto al que se profundizaba tanto desde el estudio de la *forma* como elemento del acto jurídico en la parte general del derecho privado, como del estudio de la *jurisdicción voluntaria* propia del *derecho procesal*, siempre relegada a las últimas bolillas del programa de estudios de las carreras de grado. El *derecho notarial* era ya una realidad innegable. Ya no había dudas acerca de su existencia, pero sí había otras originadas en el análisis tanto de su contenido como de su proyección. Así, la primera doctrina notarialista argentina no lograba ponerse de acuerdo en resaltar el objeto esencial de su misión. Por aquellos tiempos, hablar de derecho y de disciplinas autónomas obligaba a quien lo afirmaba a consolidar la teoría de los objetos en derecho³⁴. Ocurrían en nuestro medio las primeras demostraciones científicas del derecho, donde el intento por concretar lo empírico sobre lo metafísico se imponía ante todo y

³³ Cfr. Rafael NÚÑEZ LAGOS, *Hechos y derechos en el documento público*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1.950, p. 2.

³⁴ El derecho para poder consolidarse como *ciencia*, debía *justificar* tanto un objeto como un método propio; y esto se trasladaba a las disciplinas autónomas que trataban de didácticamente interpretar ciertas parcelas del derecho (o parcelas de la realidad del derecho) porque siempre debe tenerse en cuenta que el derecho es siempre una sola ciencia, un solo arte y una sola técnica.

frente a todo³⁵; donde el derecho, asimilado a la ley, se valoraba por el *ser* (sea éste norma, sea esta conducta) y no por el *deber ser*. La norma postula, es el objeto esencial, el hombre cumple la norma a través de la acción o a través de la omisión³⁶; y más allá de ello: también la norma describe la conducta del hombre, porque el hombre antes que norma es acción en *interferencia intersubjetiva*³⁷. Entre esos parámetros se entendía el derecho y debe reiterarse: *ley y derecho eran palabras intercambiables*.

Sea como fuere pero dentro de estos cánones, el derecho, para ser creíble, para ser obedecido y captado por los tribunales y por las doctrinas magistrales, tenía que presentar un objeto de indudable apreciación científica, que pudiera hacer valorar su aspecto comprobable casi matemáticamente. En esa época se dio esplendor y nacimiento al *derecho notarial*. Y en la búsqueda de esos elementos para la fundación científica del derecho notarial, la doctrina de ese entonces se preguntaba: ¿Qué misión relevante cumple el escribano en el seno de la sociedad?

Las tesis que sustentaron la función notarial hasta nuestros días

A partir de esa premisa, las búsquedas de los elementos fundacionales del *derecho notarial* fueron copiosas y abundantes a lo largo del notariado mundial, y los aportes académicos fueron realmente dignos de elogio y consideración. Así pasaron a formar parte de nuestros fundamentos de existencia y fortaleza, por citar sólo algunos ejemplos, los siguientes:

- a) La tesis de la fe de pública -de naturaleza eminentemente procesalista-, planteada originariamente por *Eduardo Couture*³⁸;

³⁵ Épocas de esplendor del positivismo y con ello, de exaltación de las teorías científicas; de ahí que los programas de estudio universitarios hayan destacado en las primeras bolillas, la importancia de la disciplina, sus fundamentos, su relación con otras ramas, su evolución histórica, etc.

³⁶ Cfr. Hans KELSEN, *Teoría General del derecho y del Estado*, trad. Eduardo GARCIA MAYNEZ, Imprenta Universitaria, México, 1.949, p. 3 y ss; *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1.946, p. 19 y ss, y *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto J. VERNENGO, Porrúa, México, 2.007, p. 83 y ss.

³⁷ Cfr. Carlos COSSIO, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1.944, p. 114 y ss.

³⁸ Cfr. Eduardo J. COUTURE, *El concepto de fe pública (Introducción al estudio del derecho notarial)*, Fas, Rosario, 2.005, 119 p.

- b) Las referentes al profesionalismo y no profesionalismo de la actividad notarial en desarrollo de *Eduardo Bautista Pondé*³⁹;
- c) La tesis de las funciones inescindibles del derecho notarial español de *Antonio Rodríguez Adrados*⁴⁰ y en nuestro país de *Cristina Noemí Armella*⁴¹ -componedoras del tema del funcionario público- las mismas que en la actualidad pueden ser revisadas según los interesantes aportes de *Gabriel Ventura*⁴²;
- d) La tesis que defiende como objeto esencial del derecho notarial a la *teoría general del instrumento público* en trabajos por demás de elogiosos entre tantísimos otros, de *Rafael Nuñez Lagos*⁴³ y *Enrique Giménez-Arnu*⁴⁴ en España y en nuestro país, de *Carlos Emérito González*⁴⁵ y *Rubén Augusto Lamber*⁴⁶;
- e) Las que postulan la esencia de la forma en la función fedante como por ejemplo, los aportes de *José María Mustapich*⁴⁷, *Alberto Villalba Welsh*⁴⁸ y *Carlos Pelosi*⁴⁹, sólo por citar alguno de los casos más frecuentes en el estudio de nuestra disciplina.

De esta manera y así, puede seguirse el análisis hacia el infinito, pasando revista de cada noble teoría que haya intentado justificar la existencia del derecho notarial y con él, de la función que realiza y cumple el escribano dentro del denominado oficio del jurista. Aunque dispares, siempre el eje de

³⁹ Cfr. Eduardo Bautista PONDÉ, *Tríptico Notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1.977, p. 227 y ss.

⁴⁰ Cfr. Antonio RODRIGUEZ ADRADOS, *El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad*, en *Escritos Jurídicos*, T° II, Consejo General del Notariado, Madrid, 1.996, p. 213 y ss.

⁴¹ Cfr. Cristina Noemí ARMELLA, *De las escrituras públicas*, en Alberto J. BUERES (Dirección)-Elena I. HIGHTON (Coordinación), *Código Civil y normas complementarias*, T° 2C, Hammurabi, Buenos Aires, 1.999, p. 67.

⁴² Resulta verdaderamente ilustrativa la conferencia de Gabriel VENTURA denominada *La Actividad Notarial en el nuevo Código Civil y Comercial*, en <https://www.youtube.com/watch?v=memG2MXdDig> (Último Acceso: 02/VI/2016).

⁴³ Cfr. Rafael NUÑEZ LAGOS, *Los esquemas conceptuales del instrumento público*, Colección biblioteca Notarial n° 3, Gaceta Notarial, Lima, 2.013, 305 p. Estudio Preliminar de Sebastián Justo COSOLA.

⁴⁴ Cfr. Enrique GIMENEZ-ARNAU, *Derecho Notarial Español*, III Volúmenes, Universidad de Navarra, Pamplona, 1964 (Vol. I y II) y 1965 (Vol. III).

⁴⁵ Cfr. Carlos Emérito GONZÁLEZ, *Teoría General del Instrumento Público (Introducción al Derecho Notarial Argentino y Comparado)*, Ediar, Buenos Aires, 1.953.

⁴⁶ Cfr. Rubén Augusto LAMBER, *La escritura pública*, FEN, La Plata, IV Vol., 2.003-2006. Los primeros dos volúmenes (2003) se refieren al derecho notarial formal, mientras que los dos siguientes (2006) están proyectados para la aplicación del derecho notarial sustantivo.

⁴⁷ Cfr. José María MUSTAPICH, *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*, III Tomos, Ediar, Buenos Aires, 1.955-1.957.

⁴⁸ Cfr. Alberto VILLALBA WELSH, *El derecho notarial a la luz de la teoría egológica*, Ediciones de la Universidad Notarial Argentina, Buenos Aires, 1.967, p. 24.

⁴⁹ Cfr. Carlos A. PELOSI, *El derecho notarial como derecho autónomo*, en *Los anales del notariado argentino*, Vol. VII t° 2, Publicación del Instituto Argentino de Cultura Notarial, Buenos Aires, 1.975, p. 46.

tratamiento tuvo su esplendor teniendo en cuenta el *instrumento* o el *documento notarial*, y desde allí se fundamentó la *jerarquía notarial del derecho*. En resumen, siempre el notariado valoró mucho más el producto que la elaboración anterior. El resultado era más importante que la indagación anterior. La importancia de la institución se justificaba con la exhibición del documento con efectos ejecutivos y probatorios, y no tanto por la labor notarial previa de elaboración del derecho teniendo en cuenta no solo la letra de la ley, sino toda la circunstancia que al hombre o mujer requirente, otorgante o compareciente envolvía la situación jurídica determinada.

Las tesis de la función notarial en la actualidad (y el necesario complemento Constitucional)

Con las líneas antecedentes persigo el fin de demostrar que las primeras teorías por nosotros esbozadas en el inicio del estudio del *derecho notarial* son las que sirvieron para dar fuerza al desarrollo de la disciplina y especialmente, del *documento notarial* como hoy lo conocemos: en el impulso de la ciencia (*scientiae*) y con un amplio desarrollo en la técnica (*tecné*). Por ello las estudiamos oportunamente, y por ello hoy las celebramos. Pero si tan solo esas teorías fueran lo suficientemente fuertes en la actualidad como para acompañar la evolución del derecho proyectada en nuestro país, con la instauración y puesta en vigencia del CCCN *que normativamente constitucionaliza el derecho privado actual*, este humilde aporte no tendría razón suficiente ni para ser ni para nacer. La determinación negocial del derecho exhibida a través del producto que cumple con las expectativas sugeridas en las letras de los códigos (el documento elaborado) no puede hoy prevalecer si desde su contenido, se proyecta una injusticia.

De acuerdo a lo antedicho, en la actualidad y en mi opinión, la prevalencia de lo científico sobre lo artístico en sede notarial –y desde cualquiera de las teorías aludidas, sea una de ellas o varias de ellas en forma de complemento- no puede de ninguna manera sostenerse sino responde a una clara cuestión esencial de *forma prescripta*. Cuando la *forma jurídica* se impone como misión a tener en cuenta por el jurista notario para el nacimiento, la consolidación, la transmisión o la constitución de un derecho – de cualquier naturaleza-, no

puede esta sobrevalorarse y mucho menos evitarse. Inclusive, avanzando hacia lo más profundo, diré sin ningún temor que al notariado el único resabio científico que le queda disponible es el uso de la forma tal cual esta prescripta en las leyes. La forma impuesta tiene que ver con el valor seguridad, la misma que engendrada en el seno de la escribanía presupone, sin lugar a dudas, a los valores de verdad (fe) y de justicia (voluntad), tres valores que consolidados, determinan y afirman la paz. Por eso es relevante, y por ello se mantiene como un postulado casi contrario al que proyecta todo el nuevo ordenamiento⁵⁰. Es decir que solamente la forma en el derecho obliga al hombre y a la mujer de nuestros días a creer que únicamente en ese ámbito podrán alcanzar los derechos que le fueran concedidos o cumplir con los deberes que le fueran impuestos. La forma presume el hecho, orienta la conformación del mismo y brinda seguridad. Ese es el *modelo científico notarial actual* y que debe sostenerse y resguardarse: la interpretación de los casos que llegan a la notaría están limitados a la creación a la forma impuesta para ese caso específico (no hay lugar a discusión en materia de donaciones de inmuebles, por ejemplo, a su otorgamiento por instrumento privado).

Fuera de la forma impuesta, el notario es quien debe crear el derecho con todas las fuentes que tiene a su alcance. Inclusive puede contribuir con lo *justo* cumpliendo con las formas pero introduciendo en ellas manifestaciones que hacen a lo *justo de cada uno*, de cada caso en particular, cumpliendo con la máxima de *Ulpiano* que ordena al derecho ser *Ars boni et aequi* [(el derecho como) arte de lo bueno y de lo equitativo]. Pero siempre resguardando la *forma impuesta* y nunca en contra de la misma, porque precisamente esa es la garantía de la *seguridad jurídica notarial*.

Cumplir con el derecho formal era tarea relativamente sencilla con un código decimonónico, rígido en sus apreciaciones, defensor del orden público por sobre la voluntad individual o colectiva, limitado en teoría de la argumentación y alcanzado por la teoría de interpretación estricta que en todo caso, ordena estudiar qué quiso decir la ley o el legislador en vez de analizar que necesita el hombre o la mujer para que el derecho cumpla con su cometido. En un código

⁵⁰ Si el jurista debe alcanzar lo justo en cada caso particular recurriendo al amplio espectro del diálogo de fuentes, un filósofo del derecho no dudaría en preguntarse ¿la seguridad del derecho que postula una determinada norma formal no atenta contra la justicia? La aplicación de la norma, aunque proyectada, puede incluso generar una injusticia.

de esas centenarias características, el fundamento de la obligatoriedad de la ley es una necesidad que impone la seguridad jurídica de manera uniforme y general, aun ante quienes por ignorancia puedan desconocerla⁵¹. La ley en sentido material entonces, como regla social obligatoria establecida por la autoridad pública⁵², se aplica sin dudas y a través de criterios como el gramatical o el lógico, y únicamente cuando la misma, adecuadamente interpretada en sus palabras y en su espíritu no ofrece solución para el caso concreto, cabe la libre interpretación científica que dirige a la elucidación analógica, los principios del derecho⁵³, entre otras fuentes reconocidas en el CC. Si recordáramos aquí al profesor *Julio Cueto Rúa*, diríamos que por aquellos entonces las fuentes del derecho era consideradas como los criterios de objetividad que disponen jueces, abogados y juristas para alcanzar las respuestas de la vida⁵⁴; son instancias a las que acuden los juristas para imputar consecuencias jurídicas a un determinado hecho acaecido⁵⁵, habiéndose dado a la ley la categoría de ser la más importante fuente del derecho⁵⁶.

En este panorama, la regla rígida de capacidad en sede notarial -que arrastra al derecho de los menores-, siempre fue de sencilla aplicación y concreción. Asumíamos entonces quienes eran los capaces, quienes los incapaces; sabíamos de clasificaciones -de hecho, de derecho, lo absoluto y lo relativo en la incapacidad de hecho pero no en la de derecho-, entre otras cosas relevantes. La regla era sencilla, casi matemática. No hay lugar a dudas en la interpretación de un sistema rígido que valora al género humano por su condición negocial y no por su capacidad de esgrimir y afirmar la voluntad y la libertad. En definitiva, la teoría de las personas físicas o de existencia visible se ubicaba dentro de lo que antes he denominado *forma prescripta*. Un sistema rígido que hay que cumplir por cuanto la forma impuesta protege al acto, y lo que es más relevante: le brinda, por el solo hecho de su ejecución formal, tanto

⁵¹ Cfr. Jorge Joaquín LLAMBIAS (y colaboradores), *Código Civil Anotado*, tº I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1.978, p. 11.

⁵² Cfr. Jorge E. LAVALLE COBO, Comentarios al título preliminar (Art. 1), en Augusto César BELLUSCIO (Director) y Eduardo A. ZANNONI, *Código Civil y Leyes complementarias*, tº 1, 5º Reimp., Astrea, Buenos Aires, 2.005, p. 6.

⁵³ Jorge E. LAVALLE COBO, Comentarios al título preliminar (Art. 16), ob. cit., p. 86 y ss.

⁵⁴ Cfr. Julio CUETO RUA, *Fuentes del derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1.971, p. 18.

⁵⁵ Ídem, p. 20.

⁵⁶ Ídem, p. 35.

la validez como la vigencia. En la actualidad, este método de concreción del derecho no puede imponerse. Se sostenía sí, con la legislación anterior y con ciertos paradigmas pasados que hemos aprendido de los grandes maestros del derecho civil, que nos terminaron por confirmar que el sistema que hoy se denomina *teoría de la personalidad humana*, salvo en escasas excepciones, era rígido al que había que sujetarse en razón del control, de la protección y en nuestro caso, de la seguridad jurídica, como veremos a continuación.

Tengamos presente que la doctrina en general ha venido advirtiendo el cambio de paradigma del derecho privado. De esta manera, y mucho antes de tener noticias de la creación de la comisión de elaboración del entonces anteproyecto de CCCN, el maestro santafesino *Jorge Mosset Iturraspe* comenzaba por generar la inquietud por conocer un nuevo derecho privado proyectado desde la *carta magna*⁵⁷. Se despojaba *Mosset* en esa obra de la cuestión de la dicotomía – no permitir que la esfera de lo público llegue a lo privado y viceversa-, aferrándose al concepto de paradigma, entendiendo al mismo como una tutela del derecho público en relación a los derechos fundamentales del los hombres que se irradian de/hacia el derecho privado⁵⁸. Fuera del país, los aportes de civilistas notables como el ya mencionado *Carlos Fernández Sessarego*, incluso desde posiciones iusfilosóficas asumidas, no dejan espacios para duda en estos temas tan trascendentes⁵⁹. *Sessarego* hablaba de estos temas mucho antes que fueran siquiera tenidos en cuenta por la jurisprudencia dominante⁶⁰. Forjada la inquietud, en la actualidad, autores como *Horacio Rosatti* no dudan en proyectar el nuevo ordenamiento jurídico privado en/ desde el derecho constitucional⁶¹. Ya no debe preguntarse el jurista entonces acerca de la conveniencia o no conveniencia del constitucionalismo del derecho privado, que es una realidad innegable, sino en advertir si el nuevo cuerpo normativo unificado, recepta o no recepta los principios constitucionales, o en palabras del autor, *el espíritu y el texto* de la Constitución⁶². En los tiempos que corren, las modernas doctrinas abocadas al

⁵⁷ Cfr. Jorge MOSSET ITURRASPE, *Derecho civil constitucional*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2.011, 567 p.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 13.

⁵⁹ Cfr. Carlos FERNANDEZ SESSAREGO, *Derecho y persona*, Astrea, Buenos Aires, 2.015, 261 p.

⁶⁰ Carlos FERNANDEZ SESSAREGO, *Derecho de las personas*, ob. cit., 478 págs.

⁶¹ Cfr. Horacio ROSATTI, *El código civil y comercial desde el derecho constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2.016, 484 págs.

⁶² *Ibidem*, p. 13.

logro de la obtención de reconocimientos de derechos, de garantías y de libertades en general, son explicadas a través del *neoconstitucionalismo*⁶³, que en la precisa explicación de *Enrique Del Carril* viene a revalorizar la trascendencia de la Carta Magna; la misma deja entonces de ser una mera referencia normativa, para erigirse como “*un baremo de toda actuación que quiera considerarse conforme a derecho*”⁶⁴.

Recepción académica de la persona física y de la capacidad antes de la reforma. ¿Cómo nos formamos para ejercer el derecho notarial?

Dentro de las primeras explicaciones referidas a la teoría de la forma prescripta, destaquemos algunos de los clásicos aportes académicos mediante los cuales hemos aprendido y ejercido el derecho notarial hasta la entrada en vigencia del CCCN, y antes que ello, antes ciertos casos puntuales y específicos que se nos imponían desde leyes especiales concretas.

En el clásico tratado de derecho civil, *Georges Ripert y Jean Boulanger*⁶⁵ comenzaban por afirmar lo siguiente: “*La personalidad jurídica del ser humano comienza con su nacimiento. Sin embargo, un niño simplemente concebido puede ser titular de derechos (...)*”⁶⁶. Más adelante, los autores que han sido la base de los fundamentos de los estudiosos del derecho civil que tomos hemos aprendido, insistían en que hasta el momento del nacimiento, el niño no tiene vida distinta⁶⁷, sin embargo, según lo reafirman los autores, por *derogación de la regla* la criatura no nacida ya es capaz para adquirir derechos⁶⁸, pero para ello deben darse dos condiciones: que el niño nazca vivo, y que además sea viable⁶⁹. La primera cuestión está relacionada con el examen de viabilidad, que excede los planteos de este trabajo. Pero la segunda cuestión es absolutamente relevante, por cuanto nos conecta incluso con el tema de la

⁶³ Adelanta Rodolfo Luis Vigo algunas precisiones e imprecisiones en torno a la presente denominación, en el prólogo a la obra de Alfonso SANTIAGO (h) *En las fronteras...*, cit. Cfr. Rodolfo Luis VIGO, *Neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones*, (en prensa).

⁶⁴ Cfr. Enrique Horacio DEL CARRIL, *Interpretación, Neoconstitucionalismo y Ética profesional*, en “*Ética de las profesiones jurídicas: abogados, jueces, notarios*”, Ad Hoc, Buenos Aires, 2.010, p. 37-38.

⁶⁵ Cfr. Georges RIPERT y Jean BOULANGER, *Tratado de Derecho Civil*, t° I, La Ley, Buenos Aires, 1.988, p. 310.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ Georges RIPERT y Jean BOULANGER, *Tratado de Derecho Civil*, t° II, La Ley, Buenos Aires, 1.988, p. 3.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 4.

capacidad: “*Viable quiere decir capaz de vivir; vitae habilis. Es así que no se debe tener en cuenta a los niños normalmente formados, pero que nacen antes de término, en un momento en que el desarrollo de sus órganos no está lo suficientemente adelantado como para permitirles vivir, ni tampoco a los niños monstruosos, en los que la vida se detiene en el momento en que se corta el cordón umbilical*⁷⁰”.

En cuanto a la capacidad, los mismos han entendido que la misma es una medida que persigue un fin de protección a la persona que el *legislador considera inepta* (...) ⁷¹. Y de nuevo en materia de menores, vuelven a afirmar: “*el menor está protegido a causa de su debilidad intelectual*⁷²”.

En nuestro país, los primeros aportes realizados asimilaban el concepto de persona con el concepto de sujeto. Consideraban a la personalidad únicamente por su ubicación dentro de la teoría de las relaciones jurídicas. No importaba la persona y sus derechos, sino su función dentro de la estructura de la relación jurídica⁷³. Y en referencia a los seres monstruosos a los que se referían los autores franceses citados, autores como *Eduardo Busso* no dudaban en explicar que cualquiera que sea la modificación o alteración del ente esto no le quita la capacidad de derecho, *siempre que tenga signos característicos de humanidad*⁷⁴. Ciertamente es que la referencia a *seres monstruosos* tiene que ver con las creencias y las exigencias del derecho romano al que hemos reconocido como fuente en estos temas, muy a pesar que la norma expresa de las personas físicas o de existencia visible reconozca como fuente directa el *Proyecto de Freitas*. Sin embargo, no debe interpretarse literalmente esta expresión en el presente trabajo, por cuando si así se lo hiciera la cita no tiene mayor relevancia que la de ser un acontecimiento histórico del derecho. Debe interpretarse a la luz de los últimos años: asimilar la monstruosidad o los signos

⁷⁰ *Ibídem*.

⁷¹ Georges RIPERT y Jean BOULANGER, *Tratado de Derecho Civil*, tº III, La Ley, Buenos Aires, 2.005, p. 437.

⁷² *Ibídem*, p. 440. Y agregan a este párrafo: “(la incapacidad del menor) no es la misma en cualquier edad. Si un joven de veinte años no puede realizar un acto jurídico, ello no ocurre solamente porque no puede comprender su alcance. En efecto; a causa de la instrucción que recibió puede comprenderlo mucho mejor que un hombre de treinta años pero ignorante. Lo que ocurre es que ese menor está colocado bajo la autoridad de su padre o de su tutor. Su incapacidad asegura la autoridad de su protector legal.”

⁷³ Cfr. Ernesto E. NIETO BLANC, Eduardo J. LAJE, Arturo R. YUNGANO y Ernesto A. SANCHEZ URITE, *Curso de Derecho Civil*, Primera Parte, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1.981, pp. 67 y ss.

⁷⁴ Cfr. Eduardo G. BUSSO, *Código Civil Anotado*, tº I, Ediar, Buenos Aires, 1.944, p. 405.

no característicos de humanidad a la cuestión tanto estética⁷⁵ como de discapacidad es definitivamente no asumir que en la actualidad el derecho de la personalidad no solamente se integra con la cuestión de la capacidad, sino con la idea de los derechos de personas con discapacidad asumidos por nuestro país mediante ley 26.378⁷⁶ y que cuenta en nuestro país con muy buenos aportes interpretativos⁷⁷.

Ya posteriormente, puede afirmarse que la recepción del concepto de la persona tenía su correlato en el propio CC, definiéndose consecuentemente por la más alta doctrina como un ente dotado de la aptitud para adquirir derecho y contraer obligaciones⁷⁸. Sin embargo, tanto *Jorge Llambías* como *Guillermo Borda* adhirieron oportunamente a considerar –desde análisis iusfilosóficos sensacionales- que la persona natural es, desde la biología, el hombre, y desde el derecho, un ente con ciertas capacidades de actuación, de ejercicio y de consolidación de derechos⁷⁹. Hay así igualdad de los hombres en cuanto a ser considerados personas, pero no teniendo en cuenta su capacidad⁸⁰. Desde esta concepción, la iusfilosofía les permite a los autores aclarar los conceptos del centenario codificador argentino. Mientras que para *Llambías* la caracterización de las personas de existencia visible como entes que presentan signos característicos de humanidad sin distinción de cualidades o accidentes es absolutamente pueril⁸¹, *Borda* recurre al concepto de ficción para explicar porque el derecho supone o no supone que una persona puede presentar pensamiento o voluntad⁸².

⁷⁵ Para analizar en profundo la cuestión estética desde el propio concepto de valor (y la no discriminación), consultar: Alfonso CAVALLÉ CRUZ, *El derecho a la belleza*, en AAVV, *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*, n° I, Segunda Época, Consejo General del Notariado, Madrid, 2.012, pp. 127-144.

⁷⁶ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/141317/norma.htm> (ultimo acceso: 26/07/2016)

⁷⁷ Cfr. Otilia del Carmen ZITO FONTÁN (Coordinadora), *Hacia un nuevo concepto de capacidad jurídica*, Ad –Hoc, Buenos Aires, 2.014, 400 pp.

⁷⁸ Cfr. Jorge J. LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil-Parte General*, t° I, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1.991, p. 245; Guillermo A. BORDA, *Tratado de Derecho Civil-Parte General*, t° I, La Ley, Buenos Aires, 2.008, p. 243.

⁷⁹ Jorge J. LLAMBÍAS, ob. cit., p. 246-247; Guillermo A. BORDA, ob. cit., p. 243-244.

⁸⁰ Jorge J. LLAMBÍAS, *Código Civil Anotado*, t° I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1.978, p. 142.

⁸¹ Jorge J. LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil...*, ob. cit., p. 249. El autor se refiere a pueril, teniendo en cuenta que la definición se relaciona con los antiguos prejuicios sobre la existencia de monstruos o prodigios que podían nacer del cuerpo de la mujer.

⁸² Guillermo A. BORDA, ob. cit., p. 564. Dice el autor: “Cuando la ley considera y trata al hombre como persona, ella no le confiere la personalidad, pues no hace sino reconocer y confirmar una personalidad preexistente. Por el contrario, cuando el derecho otorga la capacidad jurídica a un ser que en realidad no tiene ni pensamiento ni voluntad, no es sino por una ficción que lo hace; esa ficción consiste en admitir que ese ente piensa y quiere, aunque, en verdad, sea incapaz de hacerlo. Por una razón de conveniencia o de interés económico o social, el derecho los considera como si fueran personas”.

Es esta la percepción general de la persona y de la capacidad que ha proyectado el derecho desde la enseñanza del CC, acorde con su génesis decimonónica, y salvo autores como *Julio Cesar Rivera* que han tratado el tema de manera similar⁸³, pero dando un amplio espacio al desarrollo tanto de la persona física y los avances científicos relacionados con la genética⁸⁴, como de los derechos personalísimos⁸⁵, todos los demás civilistas han optado por describir el sistema de capacidad en las personas físicas como un sistema rígido que no permitía excepciones frente a los casos previstos legislativamente y que no daban lugar a doble o triple interpretación. Así era el derecho civil argentino, y así lo interpretamos y aprendimos, al menos hasta la jurisprudencia disidente de los últimos años y a la publicación de leyes especiales que fueron preparándonos para el cambio de paradigma que nos ocurriera directamente con la puesta en vigencia del CCCN.

La consideración de la persona física + sistema rígido de capacidad= suspensión del juicio de capacidad notarial.

La actuación notarial frente al juicio de capacidad en las escrituras públicas, con temor y con desasosiego, cada vez que se lo ponía a este en duda, hizo pensar que quitando esa obligación de ejercicio de la legislación especial podía alejar al escribano de un claro supuesto de responsabilidad. Es así que de algunas de las nuevas leyes especiales de ejercicio de la función se desprende que el deber notarial de juzgar la capacidad de otorgamiento es deslucido, y más que ello: deja de ser relevante. La respuesta a nuestras inquietudes siempre estuvo a nuestra disposición en el propio CC, en artículos⁸⁶ y notas

⁸³ Cfr. Julio César RIVERA, *Instituciones de Derecho Civil-Parte General*, tº I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2.010, p. 415 y cc.

⁸⁴ Ídem, p. 379 y ss.

⁸⁵ Cfr. Julio César RIVERA, *Personas de existencia visible*, en César A. BELLUSCIO y Eduardo A. ZANNONI, *Código Civil y Leyes Complementarias*, tº I, Astrea, Buenos Aires, 2.005, p. 268 y ss.

⁸⁶ Dos eran los artículos esenciales a tener en cuenta: el artículo 993: El instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso, por acción civil o criminal, de la existencia material de los hechos, que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia. Y el artículo 3616: La ley presume que toda persona está en su sano juicio mientras no se pruebe lo contrario. Al que pidiese la nulidad del testamento, le incumbe probar que el testador no se hallaba en su completa razón al tiempo de hacer sus disposiciones; pero si el testador algún tiempo antes de testar se hubiese hallado notoriamente en estado habitual de demencia, el que sostiene la validez del testamento debe probar que el testador lo ha ordenado en un intervalo lúcido.

específicas absolutamente aclaratorias⁸⁷, sin embargo el temor de ejercicio ha sido más fuerte, frente a la interpretación de ciertos fallos contradictorios.

El análisis del caso de la regla de capacidad que he esbozado sucintamente en las líneas antecedentes, basta para advertir que nos encontramos en la actualidad con una nueva proyección del mencionado atributo. En efecto, aquella regla rígida de capacidad que comprendía un sistema de ley dedicado a la protección del incapaz sin tener en cuenta nada que se relacione con su voluntad, definitivamente hoy no encaja en la propia noción de derecho, por cuanto debe necesariamente complementarse con los principios emergentes de una civilización que en general reconoce una impostergable influencia de los derechos humanos, a la hora de establecer las defensas que aquellas personas con capacidades limitadas o restringidas en razón de la edad o de la enfermedad, y en relación con su proyección en la vida jurídica en general.

A no dudar de lo siguiente: la regla de capacidad ha presentado una interpretación restrictiva siempre: en todas las situaciones jurídicas que ocurran, simples o complejas, ante una cuestión dudosa de falta de capacidad, debe de estarse siempre al cuidado o provecho del incapaz, sin tener en cuenta su voluntad; solo la afirmación de un derecho que ordena, que protege, que controla, que preestablece y restablece las conductas a seguir. Pero hoy el paradigma ha cambiado, ha mutado de perspectiva. Quizás para siempre.

Persona humana y capacidad en la actualidad

Corresponde evaluar a las concepciones tradicionales sobre la persona física o de existencia visible citadas en relación con las modernas tendencias que se sustentan claramente, en una posición diferente. La única diferencia clave para entender el paradigma –alejados del análisis de la cuestión terminológica– radica en comprender que ya no puede existir, sobre la *personalidad humana*, una teoría rígida de atributos, sino que todo se ordena en base a la valoración

⁸⁷ Nota al artículo 993 (Parte propedéutica): Se habla de los hechos que por su oficio debe conocer el oficial público en el acto de extender el instrumento; pero si un escribano, por ejemplo, dice que las partes o el que otorga el acto estaba en su pleno juicio, esta aserción no hace plena fe, y admite prueba en contra. Nota al artículo 3616 (Parte propedéutica): El estado de demencia como un hecho puede probarse por testigos, aunque el escribano haya expresado en el testamento que el testador se hallaba en su perfecta razón, pues que los escribanos no tienen misión para comprobar auténticamente el estado mental de aquellos cuyas voluntades redactan. Sus enunciaciones valederas son únicamente las relativas a la sustancia misma del acto y a las solemnidades prescriptas.

de la voluntad y la libertad del hombre y de la mujer, que inclusive hasta en los casos hasta hace poco indiscutidos, se le es permitido actuar con apoyos determinados y específicos.

Los verdaderos cambios del derecho privado, los más trascendentes, viene diciendo hace tiempo el maestro *Carlos Fernández Sessarego*, son los que ocurren en la consideración de la persona como sujeto que incluso merece ser estudiado y comprendido antes que el propio ser⁸⁸. Desde una filosofía de la existencia, *Sessarego* plantea un tema que no deja lugar a dudas en el cambio de paradigma –y muy independientemente de que estemos o no de acuerdo con esta posición iusfilosófica-: “(Todo) supone otorgar a la vida humana una radical preeminencia. La comprensión del ser humano es el instrumento para acceder a la comprensión del ser en general⁸⁹”. Esta posición es refrendada oportunamente desde un valioso ensayo publicado en el clásico homenaje a *Dalmacio Vélez Sarsfield* que ha llevado adelante la *Academia Nacional del Derecho de Córdoba*⁹⁰.

Desde la *Universidad Católica Argentina* se nos enseña, por otro lado, un estatuto ontológico y funcional de la *personalidad humana*. De esta forma, mientras que *Daniel Herrera* analiza en su tesis doctoral la persona y la proyección de los derechos humanos sobre su estructura -en el intento por determinar dónde es que radica el soporte donde se asientan los derechos y los deberes fundamentales de la misma⁹¹-, *Jorge Lafferriere* presenta un análisis formidable y comparativo de la noción de persona en el derogado CC y en el vigente CCCN. Y así concluye: mientras que en el CC la personalidad se desprende de la capacidad, determinando que el ser humano es una persona cuando no presenta, desde su concepción, distinción de cualidades (se es persona por tener capacidad), para el CCCN todo ser humano es persona, sin tener en cuenta para nada las cualidades y accidentes a que se refería la legislación anterior⁹². Se revaloriza entonces, el concepto de persona en la

⁸⁸ Cfr. Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Derecho y persona*, Astrea, Buenos Aires, 2.015, p. 5.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ Cfr. Juan ESPINOZA-ESPINOZA, *Propuesta para un redimensionamiento del denominado derecho general de la personalidad*, en AAVV, Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield, tº I, Academia Nacional del Derecho de Córdoba-Ediciones El Copista, Córdoba, 2.000, pp. 225-341.

⁹¹ Cfr. Daniel A. HERRERA, *La persona y el fundamento de los derechos humanos*, Educa, Buenos Aires, 2.012, p. 42.

⁹² Cfr. Jorge N. LAFERRIERE, *La persona humana en el Código Civil y Comercial. Consideraciones generales*, en Gabriel LIMODIO (Editor), *Derecho y persona humana en el Código Civil y Comercial*, Educa, Buenos Aires, 2.016, p. 220.

legislación actual, por cuanto la personalidad no es creada ni otorgada por el Estado, sino que la misma le viene al mismo, entre otros caracteres interesantes, por su dignidad⁹³. Esa dignidad que en relación a la persona comenzaba a considerarse desde la celebración del *Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil* celebrado en Córdoba allí por el año 1969⁹⁴. Esa misma dignidad que, según *Rodolfo Vigo* y *Daniel Herrera*, conforma un concepto inherente al propio de la persona humana en los tiempos actuales y la moderna legislación así lo ha receptado⁹⁵. También *Elena Highton* es contundente al afirmar lo antedicho: “*El CCC da una vuelta copernicana a tal concepción (se refiere a la tesis del CC en donde la personalidad se desprende de la capacidad), ya que se tiene capacidad por ser persona, la preexistencia de la persona es condición necesaria para ser titular de derecho. En la era y en el Código de los derechos humanos es persona todo ser humano por el solo hecho de serlo y haber nacido tal. No es un ente, sino una persona humana y así se la denomina en este código*”⁹⁶.

Desde otras posiciones, *Marisa Herrera* confirma el estatuto de la persona humana desde una noción absolutamente acabada de la capacidad, entendiendo que es principalmente la posibilidad de actuar en libertad sin limitación alguna salvo por causas graves que no son dispuestas en razón de la propia persona, sino de ciertos y determinados hechos y actos⁹⁷; *Nicolás Reviriego* concuerda con *Llambías* en que precisamente es el ser humano el que no necesita definición en un cuerpo legal en razón de su trascendencia⁹⁸, mientras que desde el código comentado de *Eduardo Clusellas*, se afirma con razón siguiendo a *Tobías*, que la noción de persona humana, en sintonía con los fundamentos esgrimidos del proyecto del año 1998, no se define porque la

⁹³ Ídem, p. 227.

⁹⁴ Cfr. María Cristina PLONAVICH, *Los derechos de la personalidad y su protección legal*, en AAVV, *Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil (1927-1937-1961-1969)*, t° I, Academia Nacional del Derecho de Córdoba- Advocatus, Córdoba, 2.009, pp. 193-217.

⁹⁵ Cfr. Rodolfo L. VIGO y Daniel A. HERRERA, *El concepto de persona humana y su dignidad*, en *Personas Humanas*, Revista de Derecho Privado y Comunitario 2015-3, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, pp. 11 y ss.

⁹⁶ Cfr. Elena I. HIGHTON, *Capacidad de los menores de edad*, en *Personas Humanas*, Revista de Derecho Privado y Comunitario 2015-3, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, pp. 199-200.

⁹⁷ Cfr. Marisa HERRERA, *Persona Humana*, en Ricardo L. LORENZETTI (Director), *Código Civil y Comercial de La Nación comentado*, t° I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2.014, p. 106.

⁹⁸ Cfr. Nicolás REVIRIEGO, *Comienzo de la existencia*, en Julio C. RIVERA y Graciela MEDINA (Directores)- Mariano ESPER (Coordinador), *Código Civil y Comercial de La Nación comentado*, t° I, La Ley, Buenos Aires, 2.014, p. 114.

misma noción proviene de la naturaleza y por consiguiente es anterior a la ley⁹⁹.

Todo lo antedicho puede resumirse en el primer aporte realizado en el inicio de las reflexiones académicas del propio *José Tobías*, quien realizando una coherente afirmación cuando el actual CCCN era por entonces sólo un proyecto, expresó lo siguiente: “*Se tiene capacidad porque se es persona y no a la inversa: es la existencia de ésta el antecedente necesario para ser titular de intereses, derechos y deberes*”¹⁰⁰.

La consideración de la persona humana + sistema flexible de capacidad= concreción del juicio de capacidad notarial en las primeras audiencias.

Me pregunto entonces en el tiempo presente, si es posible escindir a la persona de la capacidad. Así, de los estudios comparativos de los últimos años puede afirmarse que ya prácticamente no quedan dudas acerca de la posibilidad de asimilar el concepto de capacidad y de persona. Éste reconocimiento por parte de destacada doctrina¹⁰¹, se refuerza con la doctrina que emana de la *Corte Suprema de Justicia de La Nación*¹⁰². En el CCCN esa situación de escisión también es poco probable, por cuanto de la regla general resulta que¹⁰³:

- a) La capacidad de ejercicio en la persona humana se presume aun cuando la misma se encuentre en un establecimiento asistencial;
- b) Las limitaciones son únicamente de carácter excepcional, y la intervención estatal siempre tendrá carácter interdisciplinario;
- c) Ante un caso absolutamente excepcional, deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y de las libertades.

⁹⁹ Cfr. Daniel O. BARBERO, *Persona humana*, en Eduardo G. CLUSELLAS (Coordinador), *Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado*, t° I, Astrea-FEN, Buenos Aires, 2.015, p. 76.

¹⁰⁰ Cfr. José W. TOBIAS, *La persona humana y el proyecto*, en Julio C. RIVERA (Director), *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de La Nación*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2.012, p. 57.

¹⁰¹ Cfr. Daniel H. D'ANTONIO, *La ley 26.579 –mayoría de edad- y la capacidad de los menores*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2.010, pp. 14-15. De ahí la cita a Alfredo ORGAZ: “*Personalidad jurídica y capacidad jurídica son expresiones equivalentes: persona es quien tiene capacidad, quien tiene capacidad es, por esto mismo, persona*”. Y también la cita a una concepción iusnaturalista en el clásico tratado de derecho civil alemán de Karl LARENZ: “*La capacidad jurídica está dada previamente al derecho positivo, y también la capacidad de obrar es un atributo que corresponde a la persona conforme a su naturaleza...*”

¹⁰² Fallos 179; 113.

¹⁰³ Art. 31 CCCN.

Si mis pensamientos tuvieran razón de ser, al notario actual en ejercicio del derecho positivo vigente le resultara absolutamente imposible separar la persona de la capacidad; y por esa razón poco importa que el juicio de capacidad esté o no este referido en las leyes de ejercicio, porque al documentar un hecho o un derecho por voluntad de quien lo requiera, la tesis de la personalidad incluye en las primeras audiencias, la aceptación expresa o tácita que el opus notarial puede ser llevado adelante a través de la consolidación de los atributos en la persona requirente. En alguna ya lejana oportunidad el notario hispano *Cándido Paz-Ares* realizó una formidable investigación asumiendo que es el notario, y únicamente el notario el *guardabarreras*, el *gatekeeper* de la legalidad¹⁰⁴. Para este autor, la función notarial es similar a la que realiza un ingeniero transaccional que tiene la función de *crear el derecho* (en el campo de derecho privado), y también la de controlar la legalidad como *realizador del derecho* (en el campo del derecho público)¹⁰⁵. Esta caracterización notarial de cómo protector o guardabarreras de la legalidad, hoy queda diminuta si no la complementa con la actividad protectora de la voluntad. Sigue siendo el notario el guardabarreras, pero su función actual va mas allá que la de simplemente controlar la legalidad. Debe controlar la legalidad y además debe tutelar la voluntad. En esa tutela, se encuentra la protección de los derechos constitucionales en cada operación que se realice o se otorgue ante su presencia, teniendo en cuenta especialmente, como elemento esencial y primario de análisis de ejercicio, la cuestión de la personalidad humana con todo lo que ella conlleva.

¿Por qué razón entonces negar el juicio de capacidad? Todo lo contrario, debe asumirse que a la luz de la normativa vigente, la sola comparecencia y su aceptación por parte del notario supone que la teoría de la personalidad humana esta asumida y protegida, y que desde el mismo momento de las operaciones de ejercicio, se debe inferir la tutela de la persona por parte del profesional del derecho a cargo de una función pública. Si la capacidad se supone en todos los casos, hasta en los casos extremos que tanto a nosotros

¹⁰⁴ Cfr. Cándido PAZ-ARES, *El sistema Notarial. Una aproximación económica*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1.995, p. 89.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

nos han preocupado durante todo el tiempo de vigencia del CC, y ante ciertos casos puntuales y de excepción el nuevo ordenamiento autoriza la consolidación de *apoyos*, no sustituyendo la voluntad, sino todo lo contrario, para complementarla y para *consolidarla* en un hecho o un acto determinado previsto en el CCCN o en una ley especial, alejarse de ella invocando cuestiones técnicas o de ejercicio meramente formal parece no ser prudente.

La pregunta entonces que puede ahora mismo imponerse es la siguiente: ¿Cómo volvemos a ejercer el juicio de capacidad sin temor teniendo en cuenta todo lo preceptuado en el CCCN, que entre otros bemoles, se refiere directamente a la sanción de nulidad de los actos realizados por una persona considerada incapaz?

Declarada no operativa la exigencia del CCCN que ordena la nulidad de los actos realizados por persona incapaz o con capacidad restringida que se oponen a lo que determina una sentencia que ha sido inscrita en el *Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas*, o con posible declaración de nulidad si los mismos resultan lesivos al incapaz que al momento del otorgamiento tenía enfermedad ostensible, o se enfrentó con un co-contratante de mala fe, o simplemente dispuso de un acto a título gratuito, la cuestión de la capacidad en sede notarial se vuelve especial y absolutamente relevante, sin ningún temor de ejercicio técnico, ni mucho menos de manifestación documental del mismo, por cuanto sigue siendo, como siempre lo fue, un análisis notarial que se enrola, tanto en la actividad notarial protectora de la legalidad y hoy más que en ningún otro momento, también protector de la voluntad y en tutela de la buena fe que el CCCN exige en muchos de los casos especialmente previstos como norma, y que asume como principio especial en el título preliminar (art. 9).

En resumen, debe tenerse en cuenta especialmente en este sentido, las conclusiones que se fueron dando en orden, de al menos las siguientes tres reuniones relevantes:

- a) La 41° Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires¹⁰⁶;
- b) Las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil¹⁰⁷;
- c) Las XXXIX Jornadas Notariales Bonaerenses¹⁰⁸.

De las mismas se desprende que:

- a) La actuación notarial no se ve modificada por la normativa del CCCN;
- b) La exigencia de control de certificados específicos expedidos por el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas no es obligatoria;
- c) Tanto la declaración de incapacidad como las restricciones a la capacidad tienen una finalidad tuitiva y no se dirigen a limitar el ejercicio de los derechos fundamentales sino a complementarlos;
- d) La designación de los apoyos por parte del juez únicamente tienen función de asistencia y no reemplazan la voluntad del interesado, porque la capacidad jurídica se presume y toda restricción constituye una excepción;
- e) La declaración de incapacidad queda absolutamente reservada para los casos de excepción; únicamente en estos casos el juez puede nombrar un curador con facultades de representación, pero siempre con la obligación de revisar la sentencia por tiempo determinado;
- f) La exigencia de inscripción de la sentencia es adecuada, pero se necesita estructurar un sistema de registros públicos acorde con las exigencias de la seguridad jurídica.

Ese sistema rígido de conceptos relacionados con la persona física y sus capacidades limitadas mediante ley ha mutado absolutamente. El nuevo sistema exige al jurista una adecuación a la realidad y consecuentemente, a la verdad de lo que acontece de acuerdo al derecho.

¹⁰⁶https://www.colegio-escribanos.org.ar/noticias/capacitacion/2015_07_07_41-Convencion-Notarial-Conclusiones.pdf (Último acceso: 25/07/2016)

¹⁰⁷<http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-01.pdf> (Último acceso: 25/07/2016)

¹⁰⁸<http://www.jnb.org.ar/conclusiones/39JNB-conclusiones-tema5.pdf> (Último acceso: 25/07/2016)

Recepción académica del derecho de menores o estado de minoridad. ¿Cómo hemos receptado las enseñanzas para ejercer el notariado?

Nuestro derecho siempre ha considerado a los menores en general como aquellas personas que no adquieren ni el juicio, ni el discernimiento, ni la madurez intelectual necesaria para gobernarse por sí mismas. Fue además siempre una presunción legislativa a partir de la consideración de una pauta objetiva que se impone a la persona que no adquiere ni juicio ni discernimiento¹⁰⁹, presunción que también encuentra motivos de orden social¹¹⁰. Esta situación es la que explica y fundamenta que el régimen de los mejores se asimile y se estudie en paralelo con el régimen de incapacidad. Sobre esto, explicaba *Atilio Alterini* entonces que la ley formula una consideración abstracta “*pues no toma en cuenta la voluntad psicológica del sujeto, sino la voluntad jurídica que le imputa*”¹¹¹. Entonces al considerarse la capacidad como el grado o aptitud de una persona no solo para ser titular de derechos y de deberes jurídicos, sino también para que la misma pueda ejercer todas las facultades que surgen, que emanan de esos derechos y cumplir con las obligaciones que resultan ser consecuencia de los deberes mencionados¹¹², la misma noción se trasladaba al tema de menores a los que necesariamente se unía al sistema de protección y de sustitución de la voluntad.

El régimen de minoridad así expuesto ha sido considerado en muchas de las obras clásicas de la *escribanía*, que hoy conforman documentos históricos de indubitable valoración al momento de recurrir a las fuentes primigenias que marcaron un rumbo en la historia académica del derecho notarial. En España, por ejemplo, la clásica obra de *Miguel Fernández Casado* incluye un interesante capítulo que trata la capacidad legal de los menores¹¹³. El

¹⁰⁹ Cfr. Marcos M. CÓRDOBA, *De los menores*, Alberto J. BUERES-Elena I. HIGHTON, Código Civil Comentado, T° I, 3° reimp, Hammurabi, Buenos Aires, 2.007, p. 721. Similar orientación de la *pauta objetiva* en Julio Cesar RIVERA, *Instituciones de Derecho Civil*, T° I, 5° Edición Actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2.010, p. 439.

¹¹⁰ Ver Julio Cesar RIVERA, *De los menores*, Augusto C. BELLUSCIO-Eduardo A. ZANNONI, Código Civil Comentado, T° I, 5° reimp, Astrea, Buenos Aires, 2.005, p. 505.

¹¹¹ Atilio Aníbal ALTERINI, *Derecho Privado-Primer Curso*, p. 144, traído por Marcos M. CÓRDOBA, ob. cit, p. 723.

¹¹² Ver entre otros Guillermo A. BORDA –Actualizado por Guillermo J. BORDA-, *Tratado de Derecho civil-Parte General*, T° I, 13° edic, La Ley, Buenos Aires, 2.009, ps. 429-32.

¹¹³ Cfr. Miguel FERNANDEZ CASADO, *Tratado de Notaría*, T° I, Imprenta de la Viuda de M. Minuesa de los Ríos, Madrid, 1.895, p. 406.

tratamiento del tema en estudio también se encuentra en las célebres obras hispánicas de *Enrique Giménez-Arnau*¹¹⁴, *Eloy Escobar de la Riva*¹¹⁵, y *José González Palomino*¹¹⁶. En nuestro país, *Argentino Neri* presenta el análisis del tema desde diversas perspectivas –capacidad y legitimación¹¹⁷, autorización¹¹⁸ o estudio de títulos¹¹⁹–, al igual que *Carlos Nicolás Gattari* –teoría¹²⁰ y práctica¹²¹–. De manera más precisa, por ejemplo, puede leerse a *José María Mustapich*¹²².

Las niñas, niños y adolescentes en el derecho actual

La evolución legislativa del derecho de menores en la República Argentina denota claramente *dos etapas de desarrollo*¹²³. La primera de ellas, llamada *de la situación irregular* tiene su fundamento en el control de los menores y en cierta manera, introduce el concepto de *exclusión, que ha sido asumido en explicación consecuente por la escuela crítica del derecho*¹²⁴. La segunda etapa es sustancialmente diferente¹²⁵. La doctrina actual, denominada doctrina

¹¹⁴ Cfr. Enrique GIMÉNEZ-ARNAU, *Derecho Notarial Español*, Vol II, Rialp-Universidad de Navarra, 1.964, p. 62-8.

¹¹⁵ Cfr. Eloy ESCOBAR DELA RIVA, *Tratado de derecho notarial*, Marfil S.A, Barcelona, 1.957, p.306-308-321-5.

¹¹⁶ Cfr. José GONZÁLEZ PALOMINO, *Instituciones de derecho notarial*, T° Primero, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1.948, p. 498-503.

¹¹⁷ Cfr. Argentino NERI, *Tratado teórico y práctico de derecho notarial-Escrituras y Actas*, T° III, Depalma, Buenos Aires, 1.970, ps. 385-93.

¹¹⁸ Cfr. Argentino NERI, *Tratado teórico y práctico de derecho notarial-Instituciones jurídicas*, T° V, Depalma, Buenos Aires, 1.972, ps. 23-53.

¹¹⁹ Cfr. Argentino NERI, *Tratado teórico y práctico de derecho notarial-protocolo y títulos*, T° IV, Depalma, Buenos Aires, 1.971, ps. 448-456.

¹²⁰ Cfr. Carlos Nicolás GATTARI, *Manual de derecho notarial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2.008, p. 133.

¹²¹ Cfr. Carlos Nicolás GATTARI, *Práctica Notarial-Los menores en el instrumento notarial*, Vol. 6, Depalma, Buenos Aires, 1.992, ps. 5-113.

¹²² Cfr. José María MUSTAPICH, *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*, T° I, Ediar, Buenos Aires, 1.955, p. 355-60.

¹²³ Cfr. Néstor Eliseo SOLARI, *El niño y los nuevos paradigmas*, La Ley, Colección Académica, Buenos Aires, 2.006, p. 6.

¹²⁴ Ver desarrollo en Cristina N. ARMELLA y Sebastián Justo COSOLA, *Abordaje teórico-práctico...*, ob. cit., p. 37 y ss.

¹²⁵ Además de las ya referenciadas, pueden consultarse las siguientes obras que intentan ampliar los conceptos de esta segunda etapa con efectos en el derecho privado, excluidos los análisis del derecho penal: Mary BELOFF (Coordinadora), *La protección de la infancia como derecho público provincial*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2.008; Daniel Hugo D'ANTONIO, *Convención sobre los derechos del niño –comentada y anotada-*, Astrea, Buenos Aires, 2.001; Nora LLOVERAS (Directora)-María de los Angeles BONZANO (Coordinadora), *Los derechos de las niñas, niños y adolescentes*, Alveroni, Córdoba, 2.010; Cecilia GROSMAN (Dirección), *Los derechos del niño en la familia –discurso y realidad-*, Universidad, Buenos Aires, 2.004; Emilio GARCIA MENDEZ (Compilador), *Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes – Análisis de la Ley 26.061-*, 2° Edic, Fundación Sur Argentina-Editores del Puerto, Buenos Aires, 2.008; Carlos Antonio ROMANO, *La niñez –orientaciones para la aplicación de la ley y los derechos de los menores de edad-*, Lajouane, Buenos Aires, 2.009.

de la *protección integral* viene a reconocer una amplitud de derechos y garantías a los *niños, niñas y adolescentes*, ubicándolos no sólo en el rol de *personas*, sino además en la especial condición de *personas que requieren de un cuidado especial*, con amplio reconocimiento de derechos y cumplimiento de estrictas garantías en beneficio de los mismos. De hecho autores como *Mauricio Mizrahi* no dudan además en advertir -en su última obra laureada recientemente por la *Academia Nacional del Derecho de Buenos Aires*- que en la evolución jurídica que se ha referido, hasta resulta positivo el cambio de denominación: ya no debemos hablar de *menores*, sino de *niñas, niños y adolescentes*¹²⁶. Una vez más, la cuestión terminológica resulta ser esencial para comenzar el tratamiento de un tema determinado.

Esta doctrina que antes surgía clara y precisa desde la interpretación de la *Convención de los Derechos de los Niños desde su acatamiento por nuestro país* y ni que hablar luego, desde su incorporación a la Constitución Nacional, ahora se positiviza en el derecho interno a través tanto de la ley de protección integral del año dos mil cinco¹²⁷, como en el actual CCCN. Recordemos que desde el propio *preámbulo* de la Convención se considera que a la infancia le corresponden los mismos derechos y garantías que a los adultos, más una protección jurídica complementaria dada su extrema situación de vulnerabilidad. En los últimos años, las evoluciones académicas, legales y jurisprudenciales en relación al derecho de los menores han sido elocuentes.

Debe siempre tenerse presente que el CC establecía categorías de menores [Los impúberes (hasta los 14 años) y los menores adultos (desde los 14 y hasta los 18)] y hoy el CCCN crea la categoría de adolescente (desde los 13 años y hasta los 18, con algunos derechos que emergen a partir de los 16 años, los que podrían incluso ser considerados como adolescentes “adultos”)¹²⁸. En realidad, todas las categorizaciones establecidas de acuerdo a pautas rígidas (fijar una edad determinada para suponer que las personas humanas adquieren o no adquieren mayores aptitudes para ciertos actos específicos y determinados) no tienen tanta relevancia en los hechos¹²⁹. Si es importante

¹²⁶ Cfr. Mauricio L. MIZRAHI, *Responsabilidad Parental*, Astrea, Buenos Aires, 2.015, p. 4.

¹²⁷ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm> (Ultimo acceso: 26/07/2016)

¹²⁸ Cfr. Julio C. RIVERA y Luis D. CROVI, *Derecho Civil-Parte General*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2.016, p. 258.

¹²⁹ *Ibidem*.

resaltar que las *niñas, niños y adolescentes* en nuestro país tienen el derecho de proyectar su voluntad y que el jurista considere, en cada caso puntual y determinado, la edad y grado de madurez suficiente. Ese es el baremo que hay que tener en cuenta a la hora de precisar cuál es el alcance y la necesidad de las personas humanas que cuentan con minoría de edad. Tal cual lo confirma el citado *Mauricio Mizrahi*: “*Es necesario advertir que la madurez y el juicio propio del niño o del adolescente no necesariamente tendrán que estar atados a una edad cronológica determinada; de modo tal que constituirá un error valerse ciegamente de la perimida calificación entre menores impúberes y adultos...*”¹³⁰. En resumen, los autores en la actualidad se inclinan a considerar que las *niñas, niños y adolescentes* se encuentran en una inmejorable zona de protección, que no incide en su voluntad sino que al contrario, la refuerza. Los principios que el CCCN recepta en la materia en referencia tiene que ver con los aportes que se han venido elaborando tanto doctrinaria como jurisprudencialmente desde las interpretaciones de la *Convención de los Derechos del Niño* (primero adoptada y luego constitucionalizada), y de la Ley 26061 de *Protección Integral de las niñas, los niños y los adolescentes*, con su decreto reglamentario 415/06. De todos estos instrumentos se desprende un paradigma esencial para ser tenido en cuenta por el jurista que es el que afirma el reconocimiento *de las niñas, de los niños y de los adolescentes* como sujetos de derecho considerados dentro de la familia, o fuera de ella en su individualidad pero perteneciendo a una comunidad, con todos los derechos y responsabilidades emergentes de los cuales pueden ellos aprovechar según su edad y grado de madurez¹³¹. Y todo esto amparado por un plus de derechos, que se relaciona con el segundo principio que es el de la *protección especial*¹³², donde nuevamente la interpretación del *interés superior* juega un papel preponderante y esencial¹³³. Para ello, el estudio de la evolución del tema en estudio en las jornadas nacionales de derecho civil y en las jornadas notariales argentinas resulta ser autosuficiente y completo. Por una cuestión de espacio,

¹³⁰ Mauricio L. MIZRAHI, *Responsabilidad Parental*, ob. cit., p. 12.

¹³¹ Cfr. Marisa HERRERA, *Manual de derecho de las familias*, Natalia DE LA TORRE- Silvia FERNÁNDEZ (Colaboradoras), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2.015, p. 37.

¹³² *Ibidem*.

¹³³ *Ídem*, p. 39.

resulta de imposible tratamiento en la presente ponencia, así que remito a los estudios efectuados oportunamente¹³⁴.

El notario frente al nuevo derecho privado

El nuevo CCCN nos ha impuesto contrariamente a lo antes afirmado, un prototipo diferente al que estamos acostumbrados a evaluar en el ejercicio de la función notarial, y la presión que sufrimos y que se nos impuso es ineludible: su rápida e indiscutible puesta en vigencia. Esta nueva vigencia de un nuevo derecho de principios ahora *positivizado* en un nuevo cuerpo legal -porque ya existía reconocido en las demás fuentes del derecho que asumíamos cómodamente como *no obligatorias*- nos ha enfrentado a nosotros, seres formales por esencia, excelencia y naturaleza, frente a temas que jamás creímos que íbamos a tener que discutir y nuevamente valorar. De esta manera y únicamente en lo que a esta ponencia interesa:

- a) Se termina la regla rígida de capacidad y ahora lo que impera es la regla de la capacidad progresiva: es más, el CCCN ordena que todos somos capaces, que se presume inclusive encontrándose la persona en un nosocomio, y que la misma, contra todo, debe siempre presumirse;
- b) Finaliza el régimen estricto de los menores de edad, a quien la ley actual opta por denominar niñas, niños o adolescentes evitando la referencia simplemente a los menores, -para despegarlos del sistema de control y acercarlos al sistema de protección integral-, lo que implica ni nada más, ni nada menos que el notario debe oírlo y debe atender, dentro de los límites y de su competencia, a su interés superior igual que otro jurista, haciendo prevalecer por sobre todas las cosas, *la edad y el grado de madurez suficiente*.

Este desarrollo debe dirigirnos a comprender que el nuevo derecho nos impone tener otra actitud frente al ejercicio profesional. Por primera vez en la historia de nuestra institución, el derecho formulario pasa a ocupar -y creo que muy

¹³⁴ Cristina N. ARMELLA y Sebastián J. COSOLA, *Abordaje teórico práctico...*, ob. cit., pp. 59-78.

felizmente- un segundo plano. Reducir la ardua tarea notarial de nuestros días a una cuestión meramente instrumental no hubiera resistido la reforma, y sin lugar a dudas la institución notarial por primera vez hubiera estado fuera tanto del anteproyecto, como del proyecto del Poder Ejecutivo Nacional y como de la aprobación definitiva de la nueva codificación nacional. El notariado aporta algo más que el documento elaborado y la técnica de redacción al mundo actual. Por ello su importancia se encuentra reflejada en los artículos específicos, y por ello la nueva función en el nuevo derecho debe asumirse con esmero, vocación y responsabilidad.

Claves del nuevo ejercicio del derecho notarial: La importancia del título preliminar del CCCN

El CCCN es un código de principios, y en esta dirección, presenta un nuevo paradigma del derecho digno de elogio. Un código de baluartes exige una comprensión armoniosa de todo el cuerpo normativo, es más: exige la convivencia de reglas + normas + principios a los que atribuye el carácter ya no de ley, sino de derecho. La comprensión del *título preliminar del nuevo CCCN* (en adelante TP) resulta ser esencial, por cuanto, como enseña *Ricardo Lorenzetti* el mismo debe ser concebido como una *puerta de entrada* al *Código Civil* y al resto del sistema jurídico¹³⁵. Todos sus artículos presentan un gran significado *valorativo*; por ello un TP presenta una notable utilidad en el campo de la interpretación jurídica –o criterio de argumentación jurídica razonable-. Desde allí el notorio y necesario efecto expansivo que presenta, tanto para todos los casos que se contemplan en el cuerpo normativo como así también para los otros ámbitos normativos¹³⁶.

El cambio de modelo del nuevo derecho privado es innegable y absolutamente trascendente, de manera que este tema no puede no tener la importancia que merece. El jurista que pretenda comprender este nuevo *sistema de interpretación normativa*, debe necesariamente recurrir y conocer las reglas del

¹³⁵ Cfr. Ricardo Luis LORENZETTI, *Título preliminar*, en Ricardo Luis LORENZETTI (Director), *Código Civil y Comercial de La Nación Comentado*, tº I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2.014, p. 25.

¹³⁶ *Ibidem*.

TP para determinar en cada caso lo justo de cada cual, en un amplio diálogo de fuentes. De aquí entonces que hablemos de la constitucionalización del derecho privado, precisamente porque ese amplio dialogo de fuentes se inicia desde la Constitución Nacional, y de allí que existan autores que se refieran, al hablar del alcance normativo de la constitucionalización del derecho privado, a que necesariamente hay que analizar básicamente, dos dimensiones: la normativa y la dielógica (o axiológica)¹³⁷. Así es entonces que puede afirmarse sin temor a equivocación alguna, que en gran medida, el reconocimiento de la Constitución como fuente del derecho es un reconocimiento que en definitiva, dirige a jurista preparado a captar de su seno los principios, valores y derechos humanos que tienen capacidad de generar en él mismo, las respuestas y los interrogantes frente a los casos que se le planteen¹³⁸. El paradigma jurídico al que hemos estado hasta ahora acostumbrados a tener como guía o faro frente a los casos complejos (aplicación de la ley luego de la interpretación y de haber encontrado en ella “la respuesta adecuada”) debe entonces mutar absolutamente hacia un criterio argumentativo de ejercicio jurídico (estudiar el “caso” con su variedad de fuentes, donde habrá siempre más que una respuesta y en el cual la delicada tarea jurídica es la de escoger de todas ellas cual es la que se pretende que prospere o consienta)¹³⁹.

El principio de razonabilidad y la recepción notarial (Art. 3 CCCN)

La referencia a la razonabilidad de las sentencias que esgrimen los jueces en el artículo tercero del TP está relacionada específicamente con el pensamiento de lo que se denomina como *razón práctica prudencial*¹⁴⁰. Definitivamente se argumenta que el juez debe resolver todos los asuntos sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión que tiene que ser razonablemente fundada. Desde esta parte general, no hay razón posible para negar el principio de analogía en el oficio del jurista: los notarios debemos resolver los asuntos que

¹³⁷ Cfr. Julio César RIVERA y Luis Daniel CROVI, *Derecho Civil-Parte General*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2.016, p. 8.

¹³⁸ Rodolfo Luis VIGO, *Interpretación (Argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2.015, p. 28.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ Cfr. Renato RABBI BALDI CABANILLAS, *Titulo Preliminar*, en Julio C. RIVERA-Graciela MEDINA (Directores)-Mariano ESPER (Coordinador), *Código Civil comentado*, La Ley, Buenos Aires, t° I, 2.014, versión digital Thomson- Reuters Review.

llegan a nuestras notarias en argumentos proyectados en el documento que sean *razonablemente fundados*. El artículo en referencia puede ser dividido en dos partes bien diferenciadas:

- a) El *deber de resolver*, propio del juez, que es inalienable e inseparable de su persona salvo por causas que la propia ley le autoriza a esgrimir antes ciertos y determinados casos complejos (excusación);
- b) La decisión que surja del deber de resolver debe ser fundada razonablemente, o como el artículo lo dice, *decisión razonablemente fundada*.

Interesa a este trabajo la segunda parte, por cuando el notario se diferencia del juez en el deber de resolver (sería deber de aceptar el acto o hecho que pretende ser autorizado) por cuanto el mismo puede abstenerse de realizar el acto invocando simplemente el deber ético notarial de independencia. Suponemos entonces, para hablar de *razonabilidad notarial*, que el notario ha aceptado realizar el trabajo que se le ha encomendado, por cuando lo cree dentro del marco de la legalidad integrada y del deber ético de la imparcialidad.

¿Qué es la razonabilidad?

La referencia a la razonabilidad no puede escapar al análisis iusfilosófico. En este sentido, es *John Finnis* quien claramente se refiere a la justicia desde la exigencia de la *razonabilidad práctica*¹⁴¹. La *filosofía práctica* pretende retomar, en explicación de *Massini Correas*, la tradición clásica según la cual los fines y valores del obrar deben ser susceptibles de un conocimiento y de un control racional¹⁴². La razón humana, comenta *Vigo*, es una sola y la verdad siempre es adecuación a lo real¹⁴³. Funciona como teoría y como práctica. Como teoría, se propone únicamente la contemplación de la verdad, y se aplica a las cosas que se ofrecen con la sola finalidad de la contemplación de lo real. Como

¹⁴¹ Cfr. John FINNIS, *Ley Natural y derechos naturales*, trad. Cristóbal ORREGO SANCHEZ, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2.000, p. 191.

¹⁴² Cfr. Carlos Ignacio MASSINI CORREAS, *Filosofía del derecho*, t° I, LexisNexis, Buenos Aires, 2.005, p. 21.

¹⁴³ Cfr. Rodolfo Luis VIGO, *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2.008, p. 29.

práctica, la razón aprehende la verdad para dirigir una determinada acción del hombre, no es contemplar lo real, sino transformar lo real¹⁴⁴, por cuanto “*el conocimiento práctico presupone el conocimiento teórico que lo funda y sobre el cual se apoya*”¹⁴⁵. Por ello es que *Vallet de Goytisoló* afirma que la *razón teórica, pura o especulativa* parte de algunos principios conocidos *a priori* que permiten deducir conclusiones lógicamente consecuentes, mientras que la *razón práctica* se refiere a los principios *a priori de la acción*, de donde surge que no son nuestras ideas las que deben adecuarse a las cosas, sino las cosas a nuestras ideas¹⁴⁶. De esta manera, el primer principio práctico de la ley natural ordena que *el bien ha de hacerse y el mal evitarse*, conjuntamente con los demás principios prácticos, son aprehendidos por evidencia ni bien se presenta la cuestión ética¹⁴⁷. La evidencia en el primer principio práctico hace alusión a proposiciones que por sí mismas son evidentes, lo que significa que no pueden ser sino percibidas como verdaderas por aquellos que alcancen a conocerlas en sus significados variables¹⁴⁸. Así, explica *Massini* que en todos los raciocinios prácticos que concluyen en los preceptos del derecho natural se encuentra presupuesto, implícita o explícitamente, el primer principio práctico que en contracción jurídica, puede formularse como *lo justo a de hacerse y lo injusto evitarse*¹⁴⁹.

La razón práctica en resumen, se refiere puntualmente a la capacidad de utilización de la razón para guiar el obrar¹⁵⁰. Capacidad de guía de nuestra razón para dirigir nuestro obrar. Conteste con lo antedicho y nuevamente, *se debe perseguir lo bueno, y se debe evitar lo malo*, es un principio general de la racionalidad práctica¹⁵¹. *John Finnis* es uno de los máximos expositores actuales del iusnaturalismo clásico¹⁵², y su obra es en la actualidad adoptada

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ Cfr. Juan Berchmans VALLET DE GOYTISOLO, *Mas sobre temas de hoy*, Publicaciones de la Editorial Speiro, Madrid, 1.979, p. 4.

¹⁴⁷ Cfr. Carlos Ignacio MASSINI CORREAS, *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, Ábaco, Buenos Aires, 1.999, p. 74.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 75.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ Cfr. Alfonso GOMEZ-LOBO, *Los bienes humanos. Ética de la Ley Natural*, Mediterraneo, Santiago de Chile, 2.006, p. 21.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 20.

¹⁵² Cfr. Santiago LEGARRE, Alejandro MIRANDA MONTECINOS y Cristóbal ORREGO SÁNCHEZ (Editores), *La lucha por el derecho natural. Actas de las Jornadas en Homenaje a John Finnis. A 25 años de la publicación de Natural Law and Natural Rights*, Cuadernos de extensión jurídica, Universidad de los Andes, Santiago de Chile, 2.006.

en varias naciones del derecho continental. Desde el notariado, fue *Juan Francisco Delgado de Miguel* quien recogió parte trascendente de su doctrina, especialmente en lo referente a la duda acerca de la obediencia a la ley o la moral¹⁵³.

En la actualidad *Rabbi Baldi* argumenta la importancia que el jurista (juez) debe deducir con una respuesta ponderativa (o de balance) entre derechos competitivos; y cita a *Perelman*, que afirma que la razonabilidad es “*una síntesis que combina la preocupación de la seguridad jurídica con la equidad, la búsqueda del bien común con la eficacia en la realización de los fines admitidos*”, de donde “*más que al legislador, es al juez al que se confiará la realización de esa síntesis*”¹⁵⁴. En los Fundamentos del CCCN se esgrime que el requisito de la razonabilidad se encuentra constituido por un estándar de control de la decisión judicial, castigando a aquellas resoluciones que arriban a resultados disvaliosos o anti-funcionales.

¿Qué es entonces la razonabilidad notarial?

La *seguridad jurídica* conforma el interés de la agenda del jurista preocupado por el control de razonabilidad de las leyes. Si el derecho está conformado por reglas y por sus diferentes niveles de interpretación desde lo legislativo y desde lo ciudadano, dado el conflicto *en la interpretación del alcance de la norma* habrá un juez que solucione la controversia¹⁵⁵, intentando alcanzar la racionalidad como método para evitar la arbitrariedad¹⁵⁶.

A esas alusiones, debe agregarse que el derecho no solo está compuesto de reglas, sino también de principios. De ahí es que se destaquen obras de indudable actualidad que vienen a comprobar que *la seguridad jurídica y la justicia son fundamentos de la legalidad y de la razonabilidad*¹⁵⁷.

¹⁵³ Juan Francisco DELGADO DE MIGUEL, *La deontología notarial...*, ob. cit., p. 16.

¹⁵⁴ Renato RABBI BALDI CABANILLAS, *Título Preliminar*, ob. cit., versión digital Thomson- Reuters Review.

¹⁵⁵ Cfr. Diana Regina CAÑAL, *El contenido formal y sustancial del derecho: una contradicción aparente (Una mirada desde el derecho del trabajo) (TD)*, Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, n° topográfico 253.521/2005, p. 6.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 8 y ss.

¹⁵⁷ Cfr. Roberto M. A. SAGGESE, *El control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2.010, p. 60 y ss; Juan CIANCIARDO, *El ejercicio regular de los derechos*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2.007, p. 281 y ss. También del mismo autor *Principio de proporcionalidad y concepto de derecho. Una aproximación desde la tesis del positivismo jurídico*, Ad Hoc, Buenos Aires,

La razonabilidad notarial impone al escribano el encontrar, entre el dialogo de fuentes, la mejor respuesta para el caso que se le plantea, ponderando soluciones, alternativas y decisiones para que el documento notarial no sea ni arbitrario ni injusto.

En este sentido, las líneas directrices de la concreción de la razonabilidad notarial pueden resumirse en las siguientes:

- a) El obrar notarial parte de la idea del conocimiento y apunta al control racional;
- b) Ese conocimiento supone la idea que manda a que del mismo el notario extraiga conclusiones valiosas (Razonabilidad teórica);
- c) Recepción de la voluntad de los requirentes adecuada al nuevo derecho (Razonabilidad práctica)
- d) Arribo a un resultado justo (el bien debe hacerse, el mal evitarse)
- e) Aplicación de los conocimientos integrados con la equidad.

La aplicación del principio de razonabilidad no podría haberse efectuado jamás en sede notarial con la regla rígida de capacidad y con la consideración de los menores como sujetos de control y no como personas humanas que pueden reclamar y exigir, como cualquier otra, que su voluntad sea cumplida de acuerdo a su grado de madurez y no a la suposición rígida que una ley determine o disponga. Si el notario no pondera la capacidad de la persona humana que recurre a la notaria en búsqueda de respuestas, y si no pondera la voluntad del niño, de la niña o del adolescente por considerarla inmadura o inoportuna, estará incumpliendo el principio de razonabilidad notarial y consecuentemente, estará generando una injusticia, propia de un código decimonónico y no de un código de principios. Un código de principios presenta pautas formidables de justicia, pero en ciertas circunstancias la diversidad normativa y la remisión constante a principios esenciales que se suponen más ligados a la condición de persona humana que a cuestiones técnicas de

2.009, p. 57; y Laura CLÉRICO, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional argentino*, Eudeba, Buenos Aires, 2.009, p. 23 y ss. (TD).

ejercicio, puede generar en algún acto específico alguna duda de aplicación jurídica concreta.

En un sistema decimonónico como el que teníamos hasta la puesta en vigencia del CCCN, las reglas o pautas de interpretación eran relativamente sencillas, incluso para el ejercicio de la función notarial:

- a) Ley posterior puede sobre la ley anterior;
- b) Ley especial puede sobre la ley general;
- c) Aplicación de los fallos plenarios;
- d) Concreción documental de los casos comunes de acuerdo a pautas tradicionalmente impuestas.

El nuevo código es absolutamente novedoso en esta materia, y con su puesta en vigencia ya no quedan casos de interpretación de leyes especiales modificatorias del régimen codificado, porque todo el cuerpo es novedoso y porque además, se ha realizado en consonancia con las leyes que adelantaban el nuevo derecho y que se encuentran en un todo general de acuerdo con los nuevos artículos ya vigentes. Los criterios de interpretación, salvo en casos puntuales, son diferentes –al menos por ahora-, a la hora de realizar o de crear el derecho documental. De ahí que pueda ocurrir que ante un caso determinado, en la función notarial de concreción del deber ético notarial de legalidad integrada, se advierta o se avizore, antes del acto documental, algún posible conflicto en la aplicación de las normas vigentes, todas nacidas en un mismo acto y sin tanta jurisprudencia vigente -puede haber diferentes alcances interpretativos en las diferentes secciones del nuevo CCCN, teniendo en cuenta que no hay unidad en los aportes académicos de cada sección, ya que fueron varios los juristas que aportaron su saber y entender para su definitiva concreción-.

Si a eso sumamos la posiblemente conflictiva interpretación notarial del amplio abanico de fuentes desde una institución que se ha caracterizado por una orientación legalista por excelencia, la cuestión puede preocupar en demasía al notariado en su conjunto.

Pienso que recurrir a las herramientas actuales que ofrece el derecho para la solución de conflictos puede ser una salida, al menos segura, para escapar a

los casos que puedan plantear cierta dificultad en la aplicación de una norma u otra norma, y a su alrededor, de la concepción amplia de las fuentes auxiliares que confirmen la elección llevada adelante.

En los tiempos que corren, para escoger *la mejor solución posible* y así, tratar al máximo de evitar el potencial conflicto del derecho, sobre todo en materia de derechos fundamentales¹⁵⁸, el jurista escoge, entre algunos otros métodos, el camino de la *ponderación*¹⁵⁹. Es así, que ante todo el jurista prudente no puede pensar que la aplicación del derecho que concreta en su labor no puede traer consigo problemas posteriores; si esto es así, “*la aplicación de normas jurídicas no es sino una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente*”¹⁶⁰. Podemos presumir que la aplicación de las normas vigentes cumplen con el cometido del derecho, pero si así fuera, ¿por qué razón existen los conflictos una vez acaecido el hecho jurídico de acuerdo a la norma? Si la correcta y adecuada implementación de la norma fuera para nosotros la garantía de satisfacción del trabajo notarial bien realizado, no habría razones para temer en muchos casos, de ataques por falsedad, por simulaciones o por diferentes supuestos de la teoría de las ineficacias de nuestras propias escrituras realizadas no solo con ética y nobleza, sino de acuerdo con la ley vigente.

Ponderar, para el escribano, debería consistir en una especie de balance; el balance que realiza de la aplicación de la norma que tendrá vida a partir de la voluntad en el documento, para que el mismo nazca sin vulneración de derechos y respetando siempre, la jerarquía normativa. Ponderar es para el notariado no superponer una norma inferior para lograr un cometido secundario en casos puntuales y específicos, cuando no quedara otra alternativa (por ejemplo, dar valor a una norma de procedimiento (DTR) por encima de las normas superiores fundacionales del derecho). Lógicamente que la ponderación se realiza antes de la creación documental, de acuerdo a lo expuesto por los requirentes y a lo que definitivamente decida realizar el notario/a que acepta la rogación. Por eso no podría él/ella mismo/a, invocando

¹⁵⁸ Sobre este tema: Juan CIANCIARDO, *El ejercicio regular de los derechos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2.007, 352 págs.

¹⁵⁹ El sistema de ponderación ha recibido ciertas críticas. Para ver la respuesta a esas críticas y la conformación estructural de la teoría: Robert ALEXY, *La construcción de los derechos fundamentales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2.010, p. 27 y ss.

¹⁶⁰ Cfr. Robert ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, Palestra, Perú, 2.010, p. 27.

la ponderación, desconocer las reglas notariales de trabajo cotidiano (En el caso planteado, no podría alguien realizar un acto desconociendo la técnica de inscripción por el solo hecho de invocar que podría estar vulnerándose un derecho determinado; en todo caso, a través de las reglas de este ensayo, podrá complementarse el documento para que la voluntad adquiriera así dimensión en la publicidad cartular).

Cuando los casos que se plantean no pueden ocurrir en sede notarial, el deber ético de abstención es tan necesario como oportuno. La ponderación así se relega a aquellos casos puntuales, que engloban protección de derechos fundamentales, y que no pueden esperar a una solución en el tiempo precisamente porque de lo que se requiere es de la protección y tutela de un derecho que se encuentra en la normativa privada al amparo de la Constitución Nacional.

Conclusión: La razonabilidad notarial aplicada a la teoría de la personalidad humana

En la fusión de la *ciencia* (función notarial) y la *técnica* (la confección del documento y especialmente, de la escritura pública) con el *arte* (los deberes éticos notariales aplicados) se encuentra esbozada la verdadera posición del *derecho notarial actual*. Debe quedar en claro que la más trascendente función notarial en la actualidad precede y antecede a la redacción de la escritura pública, ya que para llegar a ella se deben ejercer los deberes éticos notariales aplicados: *información, asesoramiento, concejo; imparcialidad, independencia* y deber integrado de *legalidad*, comprensivo de *normas, valores, reglas y principios que emergen de la Carta Magna y de los tratados de Derechos Humanos Fundamentales se captan por evidencia*. Como se encuentra descrito de manera clara y contundente en los fundamentos que la comisión redactora elevara oportunamente al Poder Ejecutivo del entonces anteproyecto de reforma, al referirse al conjunto de solemnidades de los documentos matrices:

“Todo ello demuestra que la esencia de la función notarial no es la de conferir fe pública como habitualmente se afirma, sino que su esencia es la de brindar protección a los ciudadanos en los actos y negocios de máxima trascendencia, legislativamente seleccionados, a través de un conjunto de operaciones jurídicas que son las que fundamentan su eficacia erga omnes¹⁶¹”.

Esta nueva tesis de argumentación notarial del derecho, hoy con el sustento del Título Preliminar en general y en especial, en la aplicación de la razonabilidad notarial; con el apoyo del CCCN y mas que ello, con los innegables fundamentos expuestos por la comisión elaboradora del nuevo cuerpo legal acerca de la función del escribano en la actualidad, puede comenzar a proyectarse cual es la verdadera función, esencia y misión notarial actual dentro del ámbito del oficio del jurista. La misma tesis que reconoce como orígenes los fantásticos aportes de *José Castán Tobeñas (tesis de la función notarial creadora de derecho)*¹⁶², los relevantes complementos de *Francesco Carnelutti (tesis del notario como hombre de buena fe en el mundo del derecho)*¹⁶³, las sabias apostillas de *Eduardo J. Couture (tesis de la fe pública como contenido introductorio al estudio del derecho notarial)*¹⁶⁴ y las concreciones fundamentales de nuestro genial e inolvidable maestro *Juan Berchmans Vallet de Goytisoló [concreción de una metodología en la determinación notarial del derecho (cavere)]*¹⁶⁵, hoy tiene que seguir adelante su evolución con el aporte de cada uno de nosotros. De nosotros depende la consolidación notarial de los derechos en la nueva sociedad jurídica.

Debe entonces reiterarse que si la función notarial fuera en la actualidad únicamente la documental, no tendría razón de ser la recepción legislativa en el nuevo cuerpo legal entre tantos medios de prueba indirectos que aun sin certeza, prueban los acontecimientos por el solo hecho de la simple exhibición. Si aun con la cuestionable idea originaria de crear registros constitutivos de derechos que acercan más el sistema de seguros que al que estamos

¹⁶¹ Ricardo Luis LORENZETTI, Elena HIGHTON de NOLASCO y Aída KEMELMAJER de CARLUCCI, *Código Civil y Comercial de la Nación...*, ob. cit., p. 543.

¹⁶² Cfr. José CASTAN TOBEÑAS, *Función notarial y elaboración notarial del derecho*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1.946, 224 págs.

¹⁶³ Cfr. Francesco CARNELUTTI, *La figura jurídica del notariado*, Reus, Madrid, 1.954, p. 14 y ss.

¹⁶⁴ Eduardo J. COUTURE, *El concepto de fe pública. Introducción al estudio del Derecho Notarial*, ob. cit.

¹⁶⁵ Cfr. Juan Berchmans VALLET DE GOYTISOLO, *Manuales de metodología jurídica*, tº III, Consejo General del Notariado, Madrid, 2.004, p. 231 y ss.

acostumbrados desde siempre a realizar –tan cuestionable que no pudo concretarse-, la función notarial se considera fuerte en el CCCN, es definitivamente porque no es sólo la documentación lo relevante en nuestro ejercicio. Somos nosotros los que en primera instancia y paulatinamente, debemos reconocer este nuevo derecho y con él, hacer realidad la argumentación notarial que sin violencia a las formas impuestas puede contribuir sanamente al desarrollo del derecho justo en un ámbito de paz, alejado de las controversias. Para ello debemos recurrir a los métodos que nuestra función autoriza, que son indudables para la sociedad en su conjunto, por los principios de autenticidad interna y externa, entre ellas:

- a) Declaraciones en las escrituras de cualquier manifestación o expresión de voluntad;
- b) Manifestaciones de las partes con contenido esencial de derechos humanos;
- c) Potenciación del asesoramiento, información y consejo;
- d) Aplicación del principio de legalidad integrada (reglas + normas+ principios+ valores;
- e) Dar a las escalas de jerarquía, validez y vigencia de las leyes el valor que realmente deben tener y presentar;
- f) Creación documental en base a cada caso en particular, cumpliendo acabadamente con el deber de rogación y recepción de las primeras audiencias.

Estas pautas conforman, ni más ni menos que la aplicación razonable del derecho notarial en el documento. Es esta la manera que tenemos de crear el derecho sobre el documento. La teoría de la personalidad humana cuenta entonces con una clara recepción en sede notarial, que viene a presuponer una protección al hombre y a la mujer y con ello, a la capacidad (legal o progresiva), que no es otra cosa que elevar la doctrina de la voluntad a los estandartes que la han mantenido firme durante los últimos tiempos (justicia).

BIBLIOGRAFIA

- AAVV, Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield, t° I, Academia Nacional del Derecho de Córdoba-Ediciones El Copista, Córdoba, 2.000.
- AAVV, *Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil (1927-1937-1961-1969)*, t° I, Academia Nacional del Derecho de Córdoba- Advocatus, Córdoba, 2.009.
- ABELLA, Adriana Nélica, *Derecho Notarial*, Zavallia, Buenos Aires, 2.010.
- ALEXY, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2.010.
- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Palestra, Perú, 2.010.
- ALLENDE, Alberto Gaspar, *Ley 17711- Aplicación en la actividad notarial*, Imprenta Mennah, Buenos Aires, 1.968.
- ARMELLA, Cristina Noemí (Directora), *Tratado de derecho notarial, registral e inmobiliario*, T° II, Ad Hoc, Buenos Aires, 1.998.
- ARMELLA, Cristina Noemí y COSOLA, Sebastián Justo, *Abordaje teórico-práctico del adelantamiento de la mayoría de edad. Ley 26.579*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2.011.
- ARMELLA, Cristina Noemí, *De las escrituras públicas*, en Alberto J. BUERES-Elena I. HIGHTON, *Código Civil Comentado*, t° 2C, Hammurabi, Buenos Aires, 1.999.
- BORDA, Guillermo A, *Tratado de Derecho Civil-Parte General*, t° I, La Ley, Buenos Aires, 2.008.
- BUSSO, Eduardo, *Código Civil Anotado*, t° I, Ediar, Buenos Aires, 1.944.
- CARNELUTTI, Francesco, *La figura jurídica del notariado*, Reus, Madrid, 1.954.
- CASTAN TOBEÑAS, José, *Función notarial y elaboración notarial del derecho*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1.946.
- CAVALLÉ CRUZ, Alfonso, *El derecho a la belleza*, en AAVV, *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*, n° I, Segunda Época, Consejo General del Notariado, Madrid, 2.012.
- CIANCIARDO, Juan, *El ejercicio regular de los derechos*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2.007.
- CIANCIARDO, Juan, *Principio de proporcionalidad y concepto de derecho*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2.009.

CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional argentino*, Eudeba, Buenos Aires, 2.009.

CLUSELLAS, Eduardo Gabriel (Coordinador), *Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado*, t° I, Astrea-FEN, Buenos Aires, 2.015.

CÓRDOBA, Marcos M. *De los menores*, Alberto J. BUERES-Elena I. HIGHTON, *Código Civil Comentado*, T° I, 3° reimp, Hammurabi, Buenos Aires, 2.007.

COSOLA, Sebastián Justo, *Los valores rectores del documento notarial y la convivencia de las publicidades jerarquizadas (Fundamentos notariales para el nuevo derecho privado argentino)*, Tesis Doctoral no defendida (en revisión), Buenos Aires, 2.016, inédita.

COSOLA, Sebastián Justo, *El Título preliminar del Código Civil y Comercial de La Nación y la función notarial (Tesis sobre la argumentación Notarial del Derecho)*, especial para Revista Notarial, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires (en prensa).

COSSIO, Carlos *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Losada, Buenos Aires, 1.944.

COUTURE, Eduardo J. *El concepto de fe pública (Introducción al estudio del derecho notarial)*, Fas, Rosario, 2.005.

CUETO RUA, Julio, *Fuentes del derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1.971.

1

D'ANTONIO, Daniel H., *La ley 26.579 –mayoría de edad- y la capacidad de los menores*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2.010.

DEL CARRIL, Enrique, *Interpretación, neoconstitucionalismo y ética profesional*, en *Ética de las profesiones jurídicas (Abogados, jueces, notarios)*, COSOLA, Sebastián Justo, DEL CARRIL, Enrique Horacio, MONTESANO, Luis, FINN, Santiago, Ad Hoc, Buenos Aires, 2.010.

DEL VALLE COLOMBO, Silvina, *El universo de la representación legal de los menores*, RN 956-2007.

DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco, *Deontología notarial*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid, 1.992.

ESCOBAR DE LA RIVA, Eloy, *Tratado de derecho notarial*, Marfil S.A, Barcelona, 1.957.

ETCHEGARAY, Natalio Pedro, *Escrituras y actas notariales*, 5° edición, Astrea, Buenos Aires, 2.010.

FERNANDEZ CASADO, Miguel, *Tratado de Notaría*, t° I, Imprenta de la Viuda de M. Minuesa de los Ríos, Madrid, 1.895.

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho de las personas*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2.004.

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho y persona*, Astrea, Buenos Aires, 2.015.

FINNIS, John, *Ley Natural y derechos naturales*, trad. Cristóbal ORREGO SANCHEZ, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2.000.

GATTARI, Carlos Nicolás, *Los menores en el instrumento notarial*, Colección Práctica Notarial, T° VI, Depalma, Buenos Aires, 1.988.

GATTARI, Carlos Nicolás, *Manual de Derecho Notarial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2.008.

GIMENEZ-ARNAU, Enrique, *Derecho Notarial Español*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1964.

GOMEZ-LOBO, Alfonso, *Los bienes humanos*, Mediterráneo, Santiago de Chile, 2.006

GONZÁLEZ PALOMINO, José, *Instituciones de derecho notarial*, T° Primero, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1.948.

GONZÁLEZ, Carlos Emérito, *Teoría General del Instrumento Público (Introducción al Derecho Notarial Argentino y Comparado)*, Ediar, Buenos Aires, 1.953.

GRAJALES, Amós Arturo y NEGRI, Nicolás, *Argumentación Jurídica*, Astrea, Buenos Aires, 2.014.

HERRERA, Daniel *La persona y el fundamento de los derechos humanos*, Educa, Buenos Aires, 2.012.

HERRERA, Marisa, *Manual de derecho de las familias*, Natalia DE LA TORRE-Silvia FERNÁNDEZ (Colaboradoras), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2.015.

HERRERA, Marisa, *Persona Humana*, en Ricardo L. LORENZETTI (Director), *Código Civil y Comercial de La Nación comentado*, t° I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2.014.

HIGHTON, Elena Inés, *Capacidad de los menores de edad*, en *Personas Humanas*, Revista de Derecho Privado y Comunitario 2015-3, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016.

KELSEN, Hans, *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Losada, Buenos Aires, 1.946.

KELSEN, Hans, *Teoría General del derecho y del Estado*, trad. Eduardo GARCIA MAYNEZ, Imprenta Universitaria, México, 1.949.

KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto J. VERNENGO, Porrúa, México, 2.007.

LAFERRIERE, Jorge N., *La persona humana en el Código Civil y Comercial. Consideraciones generales*, en Gabriel LIMODIO (Editor), *Derecho y persona humana en el Código Civil y Comercial*, Educa, Buenos Aires, 2.016.

LAMBER, Rubén Augusto *La escritura pública*, T° II, FEN, La Plata, 2.003.

LAMBER, Rubén Augusto, *Derecho Civil Aplicado*-Colección Función Notarial 3, Astrea, Buenos Aires, 2.010.

LAVALLE COBO, Jorge E., Comentarios al título preliminar (Art. 1), en Augusto César BELLUSCIO (Director) y Eduardo A. ZANNONI, *Código Civil y Leyes complementarias*, t° 1, 5° Reimp., Astrea, Buenos Aires, 2.005.

LEGARRE, Santiago, MIRANDA MONTECINOS, Alejandro y ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal (Editores), *La lucha por el derecho natural. Actas de las Jornadas en Homenaje a John Finnis. A 25 años de la publicación de Natural Law and Natural Rights*, Cuadernos de extensión jurídica, Universidad de los Andes, Santiago de Chile, 2.006.

Libro *Congresos y jornadas nacionales de derecho civil*, La Ley, Buenos Aires, 2.005.

LLAMBIAS, Jorge Joaquín (y colaboradores), *Código Civil Anotado*, t° I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1.978.

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil-Parte General*, t° I, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1.991.

LORENZETTI, Ricardo Luis (Director), *Código Civil y Comercial de La Nación comentado*, t° I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2.014.

LORENZETTI, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de La Nación (Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación redactado por la Comisión de Reformas designada por decreto 191/2011)*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2.012.

LORENZETTI, Ricardo Luis, *Título preliminar*, en Ricardo Luis LORENZETTI (Director), *Código Civil y Comercial de La Nación Comentado*, t° I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2.014.

MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, *Filosofía del derecho*, t° I, LexisNexis, Buenos Aires, 2.005.

MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, Ábaco, Buenos Aires, 1.999.

MIZRAHI, Mauricio L., *Responsabilidad Parental*, Astrea, Buenos Aires, 2.015.

MONATERIO, Antonio, *Biología de los derechos en la normalidad*, Ediciones de la Universidad Notarial Argentina, La Plata, 1.966.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Derecho civil constitucional*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2.011.

MUSTAPICH, José María, *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*, Ediar, Buenos Aires, 1.955-1.957.

NERI, Argentino I., *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*, t° III (1970), t° IV (1970) y t° V (1972), Depalma, Buenos Aires.

NIETO BLANC, Ernesto, LAJE, Eduardo J, YUNGANO, Arturo R. y SANCHEZ URITE, Ernesto, *Curso de Derecho Civil*, Primera Parte, Ediciones Macchi, Buenos Aires, 1.981.

NUÑEZ LAGOS, Rafael, *Los esquemas conceptuales del instrumento público*, Estudio Preliminar de Sebastián Justo COSOLA Colección biblioteca Notarial n° 3, Gaceta Notarial, Lima, 2.013.

NÚÑEZ LAGOS, Rafael, *Hechos y derechos en el documento público*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1.950.

ORELLE, José María R., *Actos e instrumentos notariales*, La Ley, Buenos Aires, 2.008.

PAZ-ARES, Cándido, *El sistema Notarial. Una aproximación económica*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1.995.

PELOSI, Carlos A, *El derecho notarial como derecho autónomo*, en *Los anales del notariado argentino*, Vol. VII t° 2, Publicación del Instituto Argentino de Cultura Notarial, Buenos Aires, 1.975.

PELOSI, Carlos A., *El documento Notarial*, Astrea, Buenos Aires, 1.987.

PONDÉ, Eduardo Bautista, *Tríptico Notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1.977.

PROYECTO de Código Civil de la República Argentina, unificado con el Código de Comercio, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

RABBI BALDI CABANILLAS, Renato, *Título Preliminar*, en Julio C. RIVERA-Graciela MEDINA (Directores)-Mariano ESPER (Coordinador), *Código Civil comentado*, La Ley, Buenos Aires, t° I, 2.014.

RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, *Tratado de Derecho Civil*, ts° I y II (1988) y t° III (2005) La Ley, Buenos Aires.

RIVERA, Julio César y CROVI, Luis D., *Derecho Civil-Parte General*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2.016.

RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela (Directores)- ESPER, Mariano (Coordinador), *Código Civil y Comercial de La Nación comentado*, t° I, La Ley, Buenos Aires, 2.014.

RIVERA, Julio César, *De los menores*, Augusto C. BELLUSCIO-Eduardo A. ZANNONI, *Código Civil Comentado*, T° I, 5° reimp, Astrea, Buenos Aires, 2.005.

RIVERA, Julio Cesar, *Instituciones de Derecho Civil*, T° I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2.010.

RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil-Parte General*, t° I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2.010.

RIVERA, Julio César, *Personas de existencia visible*, en César A. BELLUSCIO y Eduardo A ZANNONI, *Código Civil y Leyes Complementarias*, t° I, Astrea, Buenos Aires, 2.005.

RODRIGUEZ ADRADOS, Antonio, *El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad*, en *Escritos Jurídicos*, T° II, Consejo General del Notariado, Madrid, 1.996.

ROSATTI, Horacio, *El código civil y comercial desde el derecho constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2.016.

SAGGESE, Roberto M. A., *El control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2.010.

SOLARI, Néstor Eliseo, *El niño y los nuevos paradigmas*, La Ley, Colección Académica, Buenos Aires, 2.006.

SPOTA, Alberto Gaspar, *Curso sobre temas de derecho civil*, Instituto Argentino de Cultura Notarial, Buenos Aires, 1.971.

TOBIAS, José W., *La persona humana y el proyecto*, en Julio C. RIVERA (Director), *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de La Nación*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2.012.

TOLLER, Fernando M., *Sistema de citas y redacción en derecho*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2.016.

TRAVIESO, Juan Antonio, *La protección del menor en la Constitución reformada*, Mesa Redonda del 11 de Junio de 1.996, Comisión de Derecho de Familia de las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Colegio de Escribanos de Capital Federal, Biblioteca, Caja 21-5.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, *Manuales de metodología jurídica*, tº III, Consejo General del Notariado, Madrid, 2.004.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans, *Mas sobre temas de hoy*, Speiro, Madrid, 1.979.

VENTURA, Gabriel, *La Actividad Notarial en el nuevo Código Civil y Comercial*, en <https://www.youtube.com/watch?v=memG2MXdDig> (Último Acceso: 02/VI/2016).

VIGO, Rodolfo Luis y HERRERA, Daniel A. *El concepto de persona humana y su dignidad*, en *Personas Humanas*, Revista de Derecho Privado y Comunitario 2015-3, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016.

VIGO, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, Porrúa, México, 2.005.

VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación (Argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2.015.

VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación Constitucional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2.004.

VIGO, Rodolfo Luis, *Prólogo* a la obra de Alfonso SANTIAGO (h), *En las fronteras entre el derecho constitucional y la filosofía del derecho*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2.010.

VIGO, Rodolfo Luis, *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2.008.

VILLALBA WELSH, Alberto, *El derecho notarial a la luz de la teoría egológica*, Ediciones de la Universidad Notarial Argentina, Buenos Aires, 1.967.

ZINNY, Mario Antonio, *El acto Notarial (Dación de fe)*, Depalma, Buenos Aires, 2000.

ZITO FONTÁN, Otilia del Carmen (Coordinadora), *Hacia un nuevo concepto de capacidad jurídica*, Ad –Hoc, Buenos Aires, 2.014.